Der Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Konrad Max Trimolt

aus München

Approbiert am 24. 7. 1939.

Verlag Carl Nieft, Bleicherode am Harz

1939

1940 No30

Referent: Univ.-Professor Dr. Lent.

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre
im Verlag Carl Nieft, Bleicherode a. H., erschienen.

Meinen lieben Eltern!

Gliederung.

Seite

I. Vorkommen und Zweck des sogenannten Schiedsgutachtenvertrages. 7

II. Die Besonderheiten des Schiedsvertrages. 8
1. Die Abgrenzung des Schiedsvertrages vom Gutachtenvertrag. 8
2. Die Abgrenzung des Schiedsvertrages vom Leistungsbestimmungsvertrag. 17

III. Die Abgrenzung vom Gutachten- zum Leistungsbestimmungsvertrag. 19

IV. Der Vertrag nach § 317 BGB, insbesondere seine Abgrenzung zum Leistungsbestimmungsvertrag. 25

V. Die Rechtsnatur von Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag. Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträgen: 29
1. Vergleich. 30
2. Anerkenntnisvertrag. 32
3. Bedingungstheorie von Kisch. 32
4. Beweisvertrag und rechtliche Konstruktion: 34
a) des Gutachtenvertrages, ... 34
b) des Leistungsbestimmungsvertrages. 39

VI. Äußere Form und Inhalt des Gutachten- bezw. Leistungsbestimmungsvertrages. 41

VII. Die prozessualen Folgerungen, die sich aus dem materiell-rechtlichen Charakter des Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrages ergeben. 43
1. Der Dritte spricht vor Prozeßbeginn. 43
2. Der Spruch des Dritten liegt im Prozeß noch nicht vor. . . 44

VIII. Anwendung anderer Vorschriften auf den Gutachten- bezw. Leistungsbestimmungsvertrag. 48
1. §§ 317 ff. BGB. 48
2. §§ 1025 ff. ZPO. 51

Literaturverzeichnis.

1. Kommentare zum bürgerlichen Recht.

Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Band, 3. und 4. Auflage, Berlin 1910.
Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Band II, 1, Berlin 1914.
Das Bürgerliche Gesetzbuch — Kommentar der Reichsgerichtsräte, 8. Aufl., 1934.
Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Soergel, Band 1, 1937.
v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., 1930, Band 2, 1. Teil.
Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Tübingen 1932.

2. Lehrbücher und Kommentare zur Zivilprozeßordnung.

Baumbach, Adolf: ZPO mit GVG, 14. Auflage, 1938.
Delius, H.: Die ZPO nebst Einführungsgesetz, Mannheim und Leipzig 1910.
Förster-Kann: Die ZPO für das deutsche Reich, 1926, 2. Band, 3. Aufl.
Gaupp-Stein-Jonas: ZPO, 16. Auflage, 1939.
Hellwig, Konrad: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Leipzig 1903.
Kleinfeller, Georg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Berlin 1925.
Schmidt, Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 2. Auflage, Leipzig 1906.
Seuffert-Walsmann: Kommentar zur ZPO, 12. Aufl., 1933.
Struckmann-Koch: Die ZPO für das deutsche Reich, 9. Aufl., 1910.
Sydow-Busch-Krantz-Triebel: ZPO und GVG, 21. Auflage, 1935, Band 2.
Warneyer, Otto: Die Zivilprozeßordnung, 6. Aufl., Leipzig 1929.
Weismann, Jakob: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechtes, 1905, Band II.

3. Spezielle Literatur.

Arens, Fritz: arbitri (Schiedsrichter) und arbitratoren (Schiedsmänner) nach heutigem Reichsrecht. Mainz 1911 (Gießener Diss.).
Arndt, Fritz: Bestimmung der Leistung durch einen Dritten, Rostock 1910 (Rostocker Diss.).
Baumbach, Adolf: Privatrechtliches Schiedsgerichtsverfahren, Berlin 1931.
Bongartz, Theo: Die §§ 317—319 BGB. in ihrer Bedeutung für den Schiedsgutachtenvertrag. Würzburg 1935 (Erlanger Diss.).
Buchdahl, Walter: Die Rechtsnatur der Schiedsgutachtenklausel und des Schiedsgutachtens. Berlin (Erlanger Diss.).
Bunsen: Prozeßrechtsgeschäfte in „Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß", Band 35/401 ff.
Daubenspeck: Die Schiedsgerichte usw., 1883.

Eckert, Herbert: Der Schiedsgutachter (§§ 317 ff. BGB), insbesondere sein Verhältnis zum Schiedsrichter, Schneidemühl 1928 (Göttinger Diss.).
Elperting: Zur prozessualen Geltendmachung der Versicherungsansprüche in JW 1911, S. 394 ff.
Hayum, S.: Der Schiedsvertrag, 1892 (Tübinger Diss.).
Kisch, Wilhelm: Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, Mannheim 1924.
— Die rechtliche Bedeutung des Schiedsgutachtens in Versicherungssachen in „Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht", Jahrgg. 1917, 12 ff.
Kohler, Josef: Über prozeßrechtliche Verträge und Kreationen in „Gruchots Beiträgen", Band 31, S. 305 ff.
— desgleichen in „Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß", Band 1894, S. 125 ff.
— „Über den Schiedsvertrag", ebenda, S. 239 ff.
— „Kompromiß im Erfinderrecht", ebenda, S. 244 ff.
— Über Schiedsmann und Schiedsrichter, ebenda, S. 259 ff.
— in Buschs Archiv für Handelsrecht, Band 47, S. 333 ff.
— Über Schiedsrichter und Schiedsmänner in „Holtzendorff-Kohler's Enzyklopädie", Band 2/132.
Marcus: Zur prozeßrechtlichen Differenzierung der Schiedsrichter- und der Arbitratorenklausel in „Das Recht" 1912, Sp. 92.
Mayer, B.: Die schiedsrichterliche Rechtsentscheidung, 1888 (Erlanger Diss.).
Oppler: in „Das Recht", 1906, Sp. 433 ff.
Pinckernelle, Hans: Die Arbitrageklausel, Hamburg 1928 (Diss.).
Rau, Heinrich: Die Schiedsgerichtsklausel in Versicherungsverträgen, in „Zeitschrift für die gesamte Versicherungs-Wissenschaft" 5. Band, 1905, S. 275 ff.
Salinger: Zur prozessualen Geltendmachung der Versicherungsansprüche bei Unfall in „Das Recht" 1908, Sp. 143 ff.
Schirmer: arbitrium merum und arbitrium boni viri in „Archiv für die zivilistische Praxis", Band 91, S. 136.
Wangner, Fritz: Der Schiedsgutachter in „Zivilprozeßrechtl. Forschungen", Heft 4, Berlin und Leipzig 1908.
Wedemeyer, Werner: Von der Schiedsgutachter-Klausel und vom Rücktritt eines Schiedsgutachters in „Wirtschaft und Recht der Versicherung" 1913/2/106 ff.
Weismann, Jakob: Das Schiedsgutachten in „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 72, S. 269 ff.
— Die Leistung nach Ermessen eines Dritten in „Archiv für die zivilistische Praxis", Bd. 74, S. 422 ff.
Wolff, Otto: Die rechtliche Natur der Arbitrageklausel im Handelsverkehr, Borna-Leipzig 1910 (Königsberger Diss.).

4. Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen — RG.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte, begründet von Mugdan-Falkmann — OLG.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes — ROHG.
Juristische Rundschau — Höchstrichterliche Rechtsprechung — HRR.
Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechtes — Warn.
Das Recht.
Seufferts Archiv.
Juristische Wochenschrift.

I. Vorkommen und Zweck des sogenannten Schiedsgutachtenvertrages.

Der Schiedsgutachtenvertrag ist eine in der Praxis — besonders in der gewerblichen Wirtschaft — häufig vorkommende Erscheinung. Trotz dieser Häufigkeit fehlt es aber an einer einheitlichen Bestimmung seiner Aufgabe und an einer allgemeinen Ansicht über die Bedeutung und rechtliche Definition. Das mag vor allem darauf zurückzuführen sein, daß es lange Zeit keine gesetzliche Regelung dieses Rechtsinstitutes gab und auch heute nur für Spezialfälle eine Norm über den Umfang und die Tätigkeit des Dritten im Arbeitsgerichtsgesetz (§§ 106 ff.) und im Versicherungsvertragsgesetz (§§ 64, 184) zu finden ist. Es soll daher Aufgabe dieser Arbeit sein, den sogenannten Schiedsgutachtenvertrag von ähnlichen Institutionen abzugrenzen und die Bedeutung seiner Funktion rechtlich zu würdigen.

Dabei sei darauf hingewiesen, daß die vorliegende Untersuchung sich nur mit dem Vertrag zweier Parteien befaßt, ohne auf das Rechtsverhältnis der Parteien mit dem Dritten einzugehen.

Der Zweck des Vertrages ist in erster Linie der, Prozesse und daraus sich ergebende Unbequemlichkeiten und Kosten zu vermeiden. Es ist in der Tat so, daß oftmals der Ausgang eines Rechtsstreites nicht von schwierig zu entscheidenden Rechtsfragen abhängt, sondern von verwickelten Tatfragen, über die im Laufe des Prozesses erst durch Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen Klarheit geschaffen werden kann. Die Parteien können durch Abschluß eines sogenannten Schiedsgutachtenvertrages diese tatsächlichen Fragen klären und damit den Ausgang eines Prozesses mit großer Wahrscheinlichkeit vorhersagen. Daraus ergibt sich, daß durch den Abschluß eines Schiedsgutachten-

vertrages mancher Prozeß vermieden wird und andererseits auch dem Richter die Aufgabe erspart bleibt, lediglich Beweisfragen zu würdigen, anstatt Rechtsfragen zu entscheiden.

II. Die Besonderheiten des Schiedsvertrages.

1. Die Abgrenzung des Schiedsvertrages vom Gutachtenvertrag stößt auf große Schwierigkeiten. Man wird von der gesetzlichen Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes[1]) ausgehen dürfen. § 91 ArbGG lautet: „... Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten kann der Treuhänder ... die Arbeitsgerichtsbarkeit durch die ausdrückliche Bestimmung ausschließen, daß die Entscheidung durch ein Schiedsgericht erfolgen soll." § 106 ArbGG besagt, „daß Tatfragen, die für die Entscheidung des Rechtsstreites erheblich sind, durch ein Schiedsgutachten entschieden werden sollen..."

Der Unterschied liegt somit darin, daß es Aufgabe des Schiedsrichters ist, Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden, während der Schiedsgutachter über Tatfragen sein Urteil zu treffen hat.[2]) Gemeinsam ist dem Schiedsrichter wie dem Schiedsgutachter die Tätigkeit des Entscheidens. Weismann[3]) drückt es so aus: „Urteilen soll der Arbitrator wie der Schiedsrichter". Der Unterschied kann somit nur darin liegen, was zu entscheiden ist. Am besten läßt sich der Unterschied an einem Beispiel veranschaulichen:

A lieferte an B eine Maschine, die bei B aufgestellt wird. A verlangt von B Bezahlung des Kaufpreises; B verweigert diese mit der Begründung, die Anlage laufe nicht ordnungsgemäß. A bestreitet dies. Da sie sich nicht einigen können, kommen sie überein, einem unparteiischen Dritten die Entscheidung darüber zu überlassen, ob die Maschine ordnungsgemäß laufe. Die Entscheidung des Dritten soll für beide Teile bindend sein.

Was der Dritte hier zu entscheiden hat, sind rein tatsächliche Fragen. Am deutlichsten wird der Unterschied, wenn die Ant-

---

[1]) Das Schiedsgutachtenverfahren des Arbeitsgerichtsgesetzes wird dieser Betrachtung jedoch nicht zugrunde gelegt.

[2]) RG 24/412, 45/352, 87/193; JW 1911, 460.

[3]) „Das Schiedsgutachten" in Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 72, S. 278.

wort auf die Frage der Parteien niedergelegt wird. Sie kann nur lauten: „Die Anlage läuft ordnungsgemäß" oder „sie läuft nicht ordnungsgemäß". Hingegen kann der Dritte niemals erklären: „Die Maschine läuft ordnungsgemäß, deshalb muß B den Kaufpreis an A bezahlen."

Der Dritte bekommt auf Grund des Vertrages zwischen A und B konkrete einzelne Tatsachen vorgelegt, z. B. Aufstellung und Ausführung der Maschinenanlage, Betrieb der Maschine usw. Demgegenüber stehen die allgemeinen Begriffe „ordnungsgemäß" oder „nichtordnungsgemäß". Der Dritte wird nun im allgemeinen auf dem Gebiet, auf dem die Parteien etwas von ihm wissen wollen, sachverständig sein. Es ist kaum anzunehmen, daß die Parteien von einem Dritten eine Frage sachverständig beantwortet haben wollen, wenn dieser von der Sache gar nichts versteht. Denkbar ist allerdings auch, daß die Parteien das Risiko eingehen, einen nichtsachverständigen Dritten mit der Beantwortung ihrer Frage zu betrauen. Der Sachverständige[4]) soll also in dem gegebenen Beispiel auf Grund der ihm von den Parteien unterbreiteten konkreten Tatsachen die Frage der Ordnungsmäßigkeit des Laufes der Maschine beantworten. Dies kann er sicherlich nur dann richtig tun, wenn er ganz allgemein weiß, was bei einer Maschinenanlage dazugehört, damit sie ordnungsgemäß läuft. Er muß also Sachverständiger auf dem Gebiet des Maschinenbaues sein. Seine Aufgabe ist also, auf Grund der ihm unterbreiteten konkreten Tatsachen und mit Hilfe seiner fachmännischen Kenntnisse eine objektiv richtige Entscheidung zu treffen.[5]) Diese Entscheidung ist eine rein tatsächliche.[6])

---

[4]) Der Begriff Sachverständiger ist hier nicht im Sinn der Zivilprozeßordnung zu verstehen.

[5]) Zur Bestellung eines Dritten besteht allerdings nur dann vernünftige Veranlassung, wenn es sich um Beurteilung von Tatfragen handelt, die wirklich Schwierigkeiten machen, weil sie besondere Sachkenntnis erfordern. Sinnlos ist es, einen Dritten zu bestimmen, wo nur einfache, alltägliche Tatsachen zu beurteilen sind — Weismann, ArchzivPr 72, 294.

[6]) Unrichtig die Ansicht Jonas' in JW 1937/221. Hiernach wäre die Aufgabe des Dritten die „Subsumtion streitiger Tatbestandselemente unter Rechtsnormen". Dies ist gerade nicht die Aufgabe des Dritten, sondern er subsumiert Tatbestandselemente unter tatsächliche Normen.

Hingegen ist die Entscheidung des Richters (und damit auch des Schiedsrichters[7])) eine ganz andere. Seine Tätigkeit ist zwar auch eine entscheidende; beim Zergliedern seiner Aufgabe findet man jedoch, daß diese viel weitergehend ist, als die des obengenannten Dritten. Eine Klage, bei der die Parteien dem Richter nur die Frage vorlegen würden: „Läuft die Maschine ordnungsgemäß?", könnte von einem Richter niemals entschieden werden. Daß hier weder eine Leistungs- noch eine Rechtsgestaltungsklage vorliegt, ist offensichtlich. In Betracht kommen könnte höchstens eine Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO. Aber es fehlt — selbst wenn die übrigen Erfordernisse des § 256 ZPO gegeben wären — an dem rechtlichen Interesse der Klagspartei auf „Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses." Die Parteien wollen von dem Dritten nur wissen, ob die Maschine ordnungsgemäß läuft oder nicht; sie wollen nicht wissen, ob B zahlen muß oder nicht. Diese (sich aus der Entscheidung des Dritten) ergebende Folgerung soll dann den Parteien selbst überlassen bleiben.

Abwegig ist die Ansicht Weismann's,[8]) wonach ein schiedsrichterlicher Spruch auch über eine einzelne tatsächliche Frage möglich sein soll. Er begründet dies damit, daß § 256 ZPO die Feststellung über die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde — also über eine bloße Tatsache — zulasse. Die in § 256 ZPO getroffene Regelung ist zweifellos eine Ausnahme.[9]) Es ist unmöglich, diese Ausnahme auf andere Fälle der Feststellung von Tatsachen auszudehnen.[10]) Ein richterliches Urteil über die Feststellung einer Tatsache kann gemäß § 256 ZPO nur bei Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde möglich sein; da aber Inhalt eines Schiedsspruches nur sein kann, was Inhalt eines Urteiles sein kann, so kann ein Schiedsspruch, der

---

[7]) RG 67/73: „Der Entscheidung des Schiedsgerichts bleibt vorbehalten, was im ordentlichen Rechtsweg der staatlich bestellte Richter durch Fällung eines Urteils vornimmt". — Wangner, Der Schiedsgutachter, S. 19.

[8]) Arch.f.d.ziv.Pr. 72, 279 ff.; Weismann, Lehrbuch, Bd. 2, S. 261.

[9]) So auch Kohler in „Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß", 1894, S. 259.

[10]) Baumbach, ZPO, Anm. 2 C zu § 256.

eine Tatsache feststellt, höchstens über die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde gehen. Dazu müssen aber noch die übrigen Erfordernisse des § 256 ZPO kommen: Der Kläger muß also ein rechtliches Interesse daran haben, daß die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde alsbald festgestellt werde. Aber es scheint angebracht, die Zulässigkeit einer schiedsrichterlichen Entscheidung über die Feststellung einer Tatsache (also auch über die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde) ganz allgemein abzulehnen. Es dürfte zweckmäßiger sein, § 256 ZPO auf den Schiedsspruch nicht anzuwenden, insbesondere auch deshalb, weil wohl die Regelung des § 256 ZPO hauptsächtlich dazu dient, ein für den Prozeß erhebliches Beweismittel zu schaffen, wie schon Kohler[11]) erwähnt. Auch Hayum[12]) ist der Ansicht, daß in diesem Punkt ein Kompromiß nicht eingegangen werden kann. Die Ausnahmeregelung des § 256 ZPO erscheint selbst in der ZPO unberechtigt.[13])

Sonach kann eine Parteivereinbarung, einen Dritten mit der Entscheidung über eine tatsächliche Frage zu betrauen, niemals ein Schiedsvertrag sein. Die Analyse des Arbeitsvorganges des Schiedsrichters ergibt folgendes: Der Schiedsrichter kann niemals nur diese eine Frage beantworten, ob die Maschine ordnungsgemäß läuft. Die an ihn gerichtete Frage kann nur so lauten, daß sich daraus ein Leistungs-, Feststellungs- oder rechtsgestaltendes Begehren erkennen läßt. In dem angeführten Beispiel kann somit nur die Zahlung des Kaufpreises von B verlangt und diese Entscheidung dem Schiedsrichter übertragen werden. Der Schiedsrichter urteilt sodann, ob das Begehren berechtigt ist und B sonach zur Zahlung verpflichtet werden kann. Der entscheidende Dritte hat zunächst diejenigen Tatsachen festzustellen, die die Zahlungspflicht des B begründen. Ist er selbst Sachverständiger für Maschinenbau, dann arbeitet er zunächst genau so wie der als Arbitrator bestellte Dritte, d. h. er trifft auf Grund der ihm unterbreiteten konkreten Tatsachen und mit Hilfe seiner fachmänni-

---

[11]) Ges. Beitr. 1894, S. 259.
[12]) „Der Schiedsvertrag", S. 34.
[13]) Baumbach, ZPO, Anm. 2 C zu § 256.

schen Kenntnisse die tatsächliche Entscheidung, ob die Maschine ordnungsgemäß läuft oder nicht. Ist er nicht Sachverständiger auf dem Gebiete des Maschinenbaues, dann wird er Sachverständige[14]) hören, die genau so wie ein Arbitrator ihre tatsächliche Entscheidung treffen. Bis hierher ist also die Arbeit des Schiedsrichters und des Arbitrators die gleiche. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der Schiedsrichter überhaupt Tat- und nicht nur Rechtsfragen zu entscheiden hat. Die Aufgabe des Schiedsgutachters ist mit dieser tatsächlichen Entscheidung erfüllt; er wendet nur Erfahrungssätze zum Zweck der Feststellung einer Tatsache unter den Parteien an.[15]) Der Schiedsrichter hingegen benötigt die tatsächliche Feststellung, ob die Maschine läuft, nur als Mittel zum eigentlichen Zweck, nämlich: Feststellung der individuellen Rechtssphäre der rechtsuchenden Bürger.[16]) Er geht weiter, nimmt diese tatsächliche Entscheidung als Grundlage (Untersatz) und subsumiert sie unter die ihm geläufige Rechtsnorm (Obersatz). Daraus ergibt sich dann die Entscheidung und für die Parteien eine Rechtsfolge, die in dem angeführten Beispiel die Verpflichtung für B zur Zahlung des Kaufpreises mit sich bringt.

Dabei ist völlig gleichgültig, wann die Parteien zum Abschluß eines lediglich eine Tatsache feststellenden Vertrages schreiten. Sie können dies tun, ohne im Streit befindlich zu sein oder noch an Streit zu denken. Die Parteien wollen in einem solchen Fall, ohne selbst sachverständig zu sein, eine Tatsache von einem Sachverständigen festgestellt haben. Allerdings wird dieser Fall die Ausnahme sein, während im Regelfall eine Einigung über eine Tatsache zwischen den Parteien nicht zu erzielen ist. Sie vergleichen sich eben dann durch Abschluß eines Gutachtenvertrages und verhindern dadurch einen Prozeß.[17]) Die Parteien können aber auch dann noch, wenn sie im Rechtsstreit befindlich sind, einen Gutachtenvertrag abschließen. So erwähnt Kohler[18])

[14]) im prozessualen Sinn gemeint.
[15]) Wangner a. a. O. S. 21.
[16]) Wangner a. a. O. S. 18.
[17]) So in RG 24/413 f.
[18]) in Buschs Archiv Bd. 47, S. 332.

beispielsweise, daß bei einer patentrechtlichen Nichtigkeitsklage die Parteien beschließen können, den Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Hierbei können sie vereinbaren, daß der eine oder andere tatsächliche Punkt durch einen Arbitrator bindend festgestellt werden soll. So können sie übereinkommen, daß ein Patent nichtig sein soll, wenn der Arbitrator findet, daß ein Verfahren mit einem schon bekannten übereinstimmt oder daß eine Methode mit einem bestimmten Stoff nicht durchführbar ist.

Es ist ebenfalls gleichgültig, ob es sich bei der Entscheidung des Dritten um die Beurteilung der Eigenschaft einer Sache handelt wie in dem vorher angeführten Beispiel oder eines Verhältnisses zweier Tatsachen zueinander (z. B. Feststellung des Kausalzusammenhanges bei einem Verkehrsunfall[19])) oder ob die Höhe eines Schadens bestimmt werden soll.[20])

Gleichfalls ist es gleichgültig, ob der Dritte eine Entscheidung treffen soll über Tatsachen, die in der Vergangenheit liegen oder über gegenwärtige oder zukünftige Tatsachen.[21])[22])

Bei Berücksichtigung dieser Punkte kommt man zu dem Ergebnis, daß die Aufgabe des von den Parteien ersuchten Dritten eine bindende, feststellende Begutachtung von Tatsachen ist. Die Aufgabe des Dritten ist eine feststellende. Er hat nur die Punkte, die ihm die Parteien zur Klärung vorgelegt haben, zu begutachten. Somit ist er lediglich eine Person, die eine Lücke schließt, die die Parteien auf Grund ihrer Unkenntnis bestimmter für sie wesentlicher Punkte nicht ausfüllen können oder wollen. Kraft seines Vertrages mit den Parteien hat er keinerlei Einfluß auf die Handlungen, die die Parteien nach Erstattung seines Gutachtens vornehmen. Wie das Reichsgericht[23]) sagt,

[19]) Diese Feststellung kommt praktisch am häufigsten im Versicherungsrecht vor.

[20]) Ebenso Weismann — Arch.f.d.ziv.Pr. 72/295.

[21]) So auch Weismann a. a. O., S. 295.

[22]) Weismann (Arch.f.d.ziv.Pr. 72, 308) sagt: „Es hat sich gezeigt, daß, wo ein Schiedsrichter möglich, immer auch ein Schiedsgutachter möglich ist, nicht umgekehrt; ein Schiedsgutachter ist nur möglich, wo es nicht Rechtsfragen, sondern Tatfragen zu erledigen gibt, und zwar solche, die durch ein Gutachten erledigt werden können."

[23]) RG 96/60.

beschafft er für die Parteien lediglich gewisse Unterlagen und Tatsachen. So besteht die Hauptaufgabe darin, daß der entscheidende Dritte für die Vertragsschließenden Unterlagen beschafft, ohne damit einer der Parteien zu sagen, daß sich für sie eine Leistung aus seinem Gutachten ergibt. Wenn also festgestellt wird, daß die Maschinenanlage ordnungsmäßig läuft, so ist damit durch den Sachverständigen keinerlei Leistung des B festgesetzt; es ist dann Aufgabe der Parteien, dies untereinander auszumachen — sie sehen lediglich auf Grund des Gutachtens klarer.

Man könnte Zweifel hegen, ob ein Gutachtenvertrag zwischen zwei Parteien vorliegt, wenn sie dem Gutachter die Beurteilung rechtlicher Fragen überlassen. Als Beispiel sei angeführt, daß zwei Parteien, die darüber streiten, ob der eine oder andere von ihnen Eigentümer einer Sache ist, sich dahin einigen, einen Rechtsanwalt zu befragen, wie die Rechtslage sei, um darnach ihre Leistung festzulegen. Der Rechtsanwalt wird die von den Parteien gegebenen konkreten Tatsachen unter die Normen des Rechtes subsumieren und zu dem Ergebnis kommen, wie es aus der Rechtslage folgt. Dieser Vertrag hat sicherlich Ähnlichkeit mit einem Gutachtenvertrag. Der Rechtsanwalt hat damit nicht eine Verpflichtung für irgendeine Partei begründet: Es ist nur eine objektive Feststellung der Rechtslage erfolgt. Es ist keine richterliche Entscheidung gefällt. Genau wie ein Sachverständiger für Maschinenwesen die angegebenen Tatsachen unter die ihm bekannten allgemeinen Erfahrungssätze des Maschinenbaues subsumiert, so tut dies der Rechtsanwalt mit dem ihm von den Parteien gegebenen Tatsachen unter die Norm des Rechtes. Er ist also Sachverständiger für Rechtsfragen. Möglicherweise ist durch diesen Vertrag, der keine Bestimmung der Leistung durch den Dritten enthält, einem Prozeß vorgebeugt und der Streitstoff zwischen den Parteien beseitigt.

Trotzdem ist dieser Vertrag zwischen den Parteien nicht als Gutachtenvertrag anzusehen. Wenn nämlich eine der Parteien eine richterliche Entscheidung über diese Frage herbeiführt, dann muß die Stellung des Richters zu der Entscheidung des

Arbitrators über Rechtsfragen eine ganz andere sein, als wie zur Entscheidung tatsächlicher Fragen durch den Gutachter. Beim Gutachtenvertrag tritt eine Bindung des Gerichtes an die Entscheidung des Dritten ein. Wollte man annehmen, daß auch das Gericht an die Entscheidung rechtlicher Fragen durch einen Dritten gebunden sein sollte, dann bedeutete dies, daß dem Gericht gegenüber der rechtlichen Beurteilung eines Falles die Hände gebunden wären. Es müßte, ohne überhaupt in eine Prüfung der Rechtslage eingehen zu dürfen, die Rechtsfeststellung des Gutachters zu seiner eigenen machen, d. h. praktisch lediglich der Entscheidung des Gutachters so, wie sie erfolgt ist, die staatliche Sanktion durch den Urteilsspruch verleihen. Das darf nicht sein. Es kommt ja nicht darauf an, ob die Parteien durch den Gutachtenvertrag sich jeder richterlichen Entscheidung über den Fall begeben wollten und eine Bindung an das Gutachten eingehen wollten, die es ihnen unmöglich macht, über ihre Rechtsgüter so zu bestimmen, wie vor Abschluß des Gutachtenvertrages. Nicht der Interessenverzicht der Parteien darf bei Beurteilung dieses Falles in Erwägung gezogen werden, sondern das unabdingbare Recht des Staates richterliche, also rechtliche Entscheidungen, um die das staatliche Gericht angegangen wird, von niemand anderem als dem Staatsgericht selbst fällen zu lassen. Das Gericht muß einen ihm vorgetragenen Fall ohne jede Bindung an die Stellungnahme eines Gutachters r e c h t l i c h beurteilen; andernfalls wäre es nur zu einem Werkzeug herabgewürdigt, das nur noch Urteile, die auch vollstreckbar sind, zu erlassen hätte. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß dem Gericht die Möglichkeit offensteht, den durch ein evtl. falsches Rechtsgutachten Benachteiligten auf den Weg der Anfechtung dieses Gutachtens zu verweisen. Nicht nur die Tatsache muß in Betracht gezogen werden, daß dadurch unnötige Rechtsstreitigkeiten verursacht würden, sondern auch der Gesichtspunkt, daß es gar nicht gewiß ist, ob der Benachteiligte von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch macht, wodurch der Richter offensichtlich gezwungen würde, ein falsches Urteil zu erlassen. Überdies kann auch die Anfechtungsfrist bereits verstrichen sein. Sonach kann

in einem Vertrag zweier Parteien über die Begutachtung rechtlicher Tatbestandselemente durch Dritte ein Gutachtenvertrag nicht erblickt werden.[24])

Durch einen solchen Vertrag kann den Parteien nur ein Anhaltspunkt gegeben werden, wie sich die Sach- und Rechtslage klären läßt und wie ein möglicher Rechtsstreit enden könnte.[25])

Der Begriff des Schiedsgutachtenvertrages und seine Abgrenzung vom Schiedsvertrag bringt nicht zuletzt deshalb so viele Schwierigkeiten mit sich, weil mit dem Begriff „Schiedsgutachtenvertrag" zwei Vertragstypen umfaßt werden, die zwar miteinander Ähnlichkeiten aufweisen, jedoch auch weitreichende Unterschiede. Es ist deshalb dringend zu wünschen, daß die einheitliche Bezeichnung für zwei verschiedene Vertragsarten als „Schiedsgutachtenvertrag"[26]) aufgegeben wird.[27])

In Wirklichkeit paßt der Ausdruck „Schiedsgutachtenvertrag" weder für den einen noch für den anderen Vertragstypus. In dem bisher dargestellten Vertrag beschränkt sich die Tätigkeit des Dritten darauf, als Sachverständiger ein für die Parteien bindendes Gutachten über die von den Parteien zur Verfügung gestellten konkreten Tatsachen abzugeben. Er hat keine Verpflichtung für die Vertragsparteien festzusetzen oder gar einen Rechtsstreit zu entscheiden. Seine Aufgabe besteht nur darin, den Parteien die Übersicht über ihre tatsächliche Lage zu erleichtern, was durch die Abgabe des Gutachtens geschieht. Er ist nur ein Gutachter; der von den Parteien geschlossene Vertrag ist besser als

„Gutachtenvertrag"

zu bezeichnen. Es hat nur zu Irrtümern geführt, den Vertrag als „Schieds"-gutachtenvertrag zu bezeichnen. In Wirklichkeit wird hier gar nichts entschieden. Eine Entscheidung ist doch nur bei einem Streit möglich. Streit ist aber gar nicht Wesensmerkmal für den Abschluß eines Gutachtenvertrages. Ebenso unrichtig ist

[24]) Soweit Jonas in JW 1937, S. 532, dies für zulässig erachten sollte, kann ihm nicht beigestimmt werden.

[25]) Anderer Ansicht Kohler in Gesammelte Beiträge, S. 265.

[26]) Der Ausdruck „Schiedsgutachtenvertrag" wurde zuerst von Weismann verwendet.

[27]) Ebenso Jonas JW 1937, S. 222.

es, den Dritten als Schiedsmann oder Schiedsgutachter zu bezeichnen, ebenso wie der Ausdruck Arbitrator unzutreffend ist, der dem römischen Recht unbekannt war und scheinbar nur zum Unterschied vom römischen Arbiter geprägt wurde. Da die Funktion des Dritten auch keine entscheidende ist, sondern eine beantwortende, ist die Bezeichnung Gutachter, Dritter oder Sachverständiger wesentlich angebrachter. Daß dabei der Dritte nicht Sachverständiger im Sinn der §§ 402 ff. ZPO ist, dürfte klar sein.[28]) Demgemäß wird in dieser Arbeit der soeben untersuchte Vertragstypus als Gutachtenvertrag, der Dritte als Sachverständiger oder Gutachter bezeichnet.

2. Unrichtig ist die Bezeichnung Schiedsgutachtenvertrag auch für jenen anderen Vertragstypus, dessen Grenzen zum Gutachtenvertrag nachfolgend gezogen werden sollen. Auch hier diene ein Beispiel zur Unterstützung der Untersuchung:

A hat mit B einen Vertrag über den Kauf einer Maschine geschlossen. Da sich beide über den Kaufpreis nicht einigen können, kommen sie überein, den Dritten C zu beauftragen, den Kaufpreis der Maschine festzusetzen. Sie haben den Vertrag vollständig abgeschlossen und nur die objektiv richtige Kaufpreisbestimmung dem C überlassen, der Sachverständiger auf dem Gebiete des Maschinenbaues ist. Beide Vertragsschließende verpflichten sich, die Festsetzung des Kaufpreises als bindend anzusehen. Zunächst ist auch bei diesem Vertragstypus festzustellen, daß es sich nicht um einen Schiedsvertrag im Sinn von §§ 1025 ff. ZPO handelt. Der Unterschied liegt auf der gleichen Ebene wie zwischen Gutachten- und Schiedsvertrag. Die Aufgabe des Dritten ist nicht, eine zwischen den Vertragsschließenden bestehende Rechtsstreitigkeit zu entscheiden, sondern eine tatsächliche Entscheidung zu treffen. Die Antwort des Dritten C wird heißen: „Der Kaufpreis für die Maschine beträgt x RM." Dies ist für die Parteien eine bindende Entscheidung; nicht jedoch ist es eine Entscheidung, die die Wirkung eines Urteils hat. Nicht ein Rechtsstreit wurde hier

[28]) Hierzu Wangner, a. a. O., S. 25 ff. Wesentlich für den Sachverständigen des Gutachtenvertrags ist, daß die Parteien an seine Stellungnahme gebunden sind; hierzu Wedemeyer, S. 104 f.

entschieden, sondern es wurden lediglich die Elemente für die Entscheidung eines möglicherweise kommenden Rechtsstreites dargelegt. Die Funktion des Dritten C ist ebenso wie die des Gutachters: Er subsumiert die ihm von den Parteien dargelegten konkreten Tatsachen unter allgemeine Begriffe (Erfahrungstatsachen) und zieht daraus den Schluß, daß der Kaufpreis für die Maschine x RM. betrage. Er entscheidet, wenn überhaupt einen Streit, einen Streit um Tatsachen, nicht um Rechtsfragen.

Ein für das Wesen beider Verträge grundlegender Unterschied besteht darin, daß bei dem hier untersuchten Vertragstypus zwischen A und B ein vollständiger Grundvertrag abgeschlossen wurde, zu dessen Ausführung C durch seine Entscheidung beitragen soll. Über den von C zu entscheidenden Punkt wollen die Parteien keine Übereinkunft treffen oder sie können infolge Meinungsverschiedenheiten zu keiner Einigung kommen und lassen deshalb einen Dritten die Leistung bestimmen. Dieser Vertrag ist also die logische Folgerung einer Einigung der Parteien auf der Basis, den Dritten C die von den Parteien bewußt gelassene Lücke in ihrem Vertrag ausfüllen zu lassen. Beim Schiedsvertrag hingegen ist, falls sich überhaupt die Streitigkeit aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis der Parteien ergibt, der zugrunde liegende Vertrag bewußt nicht so geschlossen worden, daß ein Dritter eine Lücke ausfüllen sollte. Wenn sich eine Streitigkeit aus dem Schiedsvertrag ergibt, so eben auch deshalb, weil man glaubte, über alle Punkte einig zu sein, was sich später doch als unrichtig erweist. Dabei darf nicht außer acht gelassen werden, daß bei der Auslegung eines Vertrages auf den Sinn und Zweck geachtet werden muß. Sinn und Zweck des Schiedsvertrages ist es, eine Rechtsstreitigkeit nicht vom staatlichen Gericht, sondern von einem vereinbarten Schiedsgericht entscheiden zu lassen. — Hingegen ist es Sinn und Zweck des hier untersuchten Vertrages, eine Vereinbarung zu schließen und die Leistung durch einen Dritten festsetzen zu lassen, falls man nicht selbst in der Lage ist, dies zu tun. Man wird — im Unterschied zum Gutachtenvertrag — den Gegensatz zwischen Schiedsvertrag und dem hier behandelten Vertrag nicht dadurch erklären

können, daß man den Ausspruch des Arbiters und des Dritten zugrunde legt. Denn die Bestimmung einer Leistung ist genau so Setzung subjektiven Rechtes zwischen den Parteien wie der Spruch eines Arbiters. Trotzdem ergibt sich ein Unterschied daraus, daß der Schiedsspruch eine Partei zu einem ganz bestimmten Verhalten konkret anweist: Er verpflichtet diese angewiesene Partei so stark, daß der andere Vertragsteil nach Erfüllung gewisser durch das Gesetz vorgeschriebener Erfordernisse den Gegner mit Gewalt zu seiner Pflicht zwingen kann. Der Dritte hingegen stellt eine Leistung fest, ohne hierbei dem einen der Vertragsteile direkt eine Pflicht zur Leistung aufzuerlegen. Diese Pflicht ergibt sich aus dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag. Andererseits kann der andere die Leistung auch nicht mit Gewalt verlangen, er müßte denn gegen seinen Vertragsgegner erst klageweise vorgehen. Nach dem Dargelegten sind die Unterschiede zwischen dem Schiedsvertrag und einerseits dem Gutachten —, andererseits dem hier behandelten Vertrag verschiedenartig.

III. Die Abgrenzung vom Gutachten- zum Leistungsbestimmungsvertrag.

Wesentliche Unterschiede bestehen zwischen dem Gutachtenvertrag und dem Vertrag des vorab unter II 2 angeführten Beispiels zwischen A und B. Zunächst sei einmal festgestellt, daß den beiden Vertragsarten gleich ist, daß der Dritte etwas entscheiden soll. Der Unterschied läßt sich auch nicht in der Funktion des jeweiligen Dritten erkennen. Beidemale erhält der Dritte von den Parteien bestimmte konkrete Tatsachen vorgelegt. Beidemale wird der Dritte in der Regel auf dem Gebiet, aus dem er Antwort geben soll, sachverständig sein. Beidemale besteht die Tätigkeit des Dritten darin, die ihm von den Parteien unterbreiteten konkreten Tatsachen unter die ihm geläufigen Erfahrungstatsachen zu subsumieren und daraus seine tatsächliche Entscheidung zu fällen. Der Unterschied liegt somit in anderen Punkten.

Zunächst ist die Grundlage, die zum Abschluß eines Vertrages der letzteren Art führt, eine andere als beim Gutachtenvertrag.

Die Parteien A und B stehen in einem Verhältnis zueinander, auf Grund dessen einer von ihnen oder beide zu einer Leistung an den Vertragsgegner verpflichtet sind. Es kann dabei gleichgültig sein, ob dieses Verhältnis ein vertragliches ist oder ein Rechtsverhältnis, das sich aus dem Gesetz ergibt. So kann letzteren Falles auf Grund Erbrechts der eine Teil verpflichtet sein, an den anderen etwas zu leisten. Das Wesentliche ist nur, daß diese Leistung dem verpflichteten Teil noch nicht bekannt ist. Das Reichsgericht[29]) sagt, daß die Leistung den Parteien zwar subjektiv unbekannt, objektiv jedoch bekannt sei. Daraus ergibt sich die Folge, daß, falls zwischen den Parteien ein Rechtsverhältnis vertraglicher oder gesetzlicher Art besteht, dieses Verhältnis durch die Antwort des Dritten C erst in Wirkung treten kann. Über den Vertrag zwischen den Parteien sind verschiedene Meinungen vertreten worden:

a) Die eine Ansicht[30]) nimmt an, daß die Parteien sich in dem zugrunde liegenden Vertrag nur allgemein darüber geeinigt haben, daß für den einen oder anderen von ihnen eine Leistungspflicht bestehe. Die Aufgabe des Dritten C sei es, diesen unvollständigen Vertrag durch seine Entscheidung zu vervollständigen, zu ergänzen. Ohne das Gutachten sei der Vertrag unvollständig und könne nicht erfüllt werden. Das Gutachten sei die Bedingung des Vertrages; werde es nicht erstattet, so könne der Vertrag nicht verwirklicht werden, sondern sei hinfällig.

b) Eine andere Ansicht[31]) geht dahin, daß das Gutachten des Dritten C nicht eine Ergänzung oder Vervollständigung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses bedeute; denn dieses Rechtsverhältnis sei vollständig. Zweck dieses Gutachtens sei nicht die Ergänzung des Vertrages, sondern es diene zur Ausführung.

---

[29]) RG 96/60.

[30]) So Kisch, Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 103; siehe Arndt, Bestimmung der Leistung durch einen Dritten, S. 54, Anm. 3, mit dort angeführten Vertretern dieser Ansicht.

[31]) Die neuere Ansicht, die auch vom Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 96/60 vertreten wird. Ebenso Weismann, Arch.f.d.ziv.Pr. Bd. 72, 326 ff. und Bd. 74, 424; Arndt, a. a. O., S. 54 f., unklar Wangner, S. 23 ff.

Letzterer Ansicht wird hier beigetreten. Die erste Ansicht ist nur dann richtig, wenn ein ganz bestimmter Dritter höchstpersönlich ein Gutachten abgeben soll; in diesem Falle ist den Parteien gerade an der Person des Dritten gelegen, von der sie alles abhängig machen wollen. Dies wird aber im Regelfall nicht zutreffen. Den Parteien wird das Gutachten — die Entscheidung des Dritten — und nicht seine Person von wesentlicher Bedeutung sein. In der Tat ist es also so, daß die Parteien einen vollständigen Vertrag geschlossen haben; sie haben jedoch einen Punkt nur abstrakt bestimmt. Im angeführten Beispiel haben sie erklärt, daß B an A denjenigen Kaufpreis zahlen müsse, der nach allgemeiner objektiver Ansicht der richtige sei. Dieser allgemeine objektive Kaufpreis muß jedem, der von Maschinen etwas versteht, bekannt sein. Sei es, daß ihn die Parteien deshalb, weil sie nicht Sachverständige auf dem Gebiete des Maschinenbaues sind, nicht kannten, sei es, daß sie sich nicht einigen konnten — jedenfalls soll die für die Parteien subjektive Bestimmung des objektiv richtigen Kaufpreises durch einen Dritten erfolgen. Damit ist auch festgestellt, daß der Vertrag voll und ganz abgeschlossen ist. Der Vertrag ist vollständig mit Bestimmung des Kaufpreises — jedoch objektiv. Die Ausführung des Vertrages ist allerdings erst möglich, wenn den Parteien der Kaufpreis subjektiv durch die Stellungnahme des Dritten bekannt wird. Somit kann der Vertrag als Rahmenvertrag angesehen werden mit allen Bindungen, die ein Kaufvertrag für die Parteien mit sich bringt. In den Rahmen muß jedoch noch ein Stück eingesetzt werden, eben der objektiv bekannte Kaufpreis. Man kann also sagen, daß der Vertrag als Kaufvertrag restlos vollständig ist; für die beiden Parteien befindet sich jedoch eine unbekannte Größe in dem Vertrag, vor deren Feststellung der Vertrag zwar vollständig ist, jedoch nicht ausgeführt werden kann.

Darin liegt auch ein Unterschied zum Gutachtenvertrag. Während bei diesem nur Unterlagen und Tatsachen für die Parteien beschafft werden, um ihnen damit die Möglichkeit zu geben, ihr Rechtsverhältnis zu gestalten, ist es bei diesem zu untersuchenden Vertrage so, daß er mit dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis

der Parteien eng verkoppelt ist; ohne dieses, das eine objektiv konkrete durch einen Dritten subjektiv festzusetzende Tatsache enthält, ist dieser Vertrag nicht denkbar. Er ist vollkommen abhängig von der unbekannten Größe, die die Parteien bei Abschluß des Vertrages einem Dritten zur konkreten Bestimmung überließen. Daß die Aufgabe des Dritten gerade darin besteht, durch seinen Spruch den Rahmen des zwischen den Parteien bestehenden Vertrages auszufüllen, ist ein Merkmal dieser zweiten Vertragsart, das ihn vom Gutachtenvertrag scheidet. Es wird die subjektive Leistung eines Vertragsteiles bestimmt und nicht nur ein für deren Bestimmung erhebliches Element. Bei dem Gutachtenvertrag wurde den Parteien nur eine Handhabe gegeben, um ihre Leistungen dann selbst festzusetzen. Bei diesem Vertrag ist die Leistung auch objektiv von den Parteien festgelegt. Sie erfolgte jedoch schon vor Erstattung des gutachtlichen Spruches des Dritten. Beim Gutachtenvertrag ist vor Erstattung des Gutachtens eine Leistung zwischen den Parteien nicht festgelegt — die Parteien benötigen das Gutachten gerade deshalb, um auf seiner Grundlage klarer zu sehen und vielleicht ihre Leistungen darnach zu bestimmen.

Die Funktion des Gutachters im Gutachtenvertrag ist eine feststellende; damit ist seine Aufgabe erschöpft. Bei dem hier untersuchten Vertrag ist die Funktion gestaltend — sie setzt subjektive Leistungen zwischen den Parteien fest. Hayum[32]) hat diese Funktion konstitutiv genannt im Gegensatz zu der deklarativen Funktion des Gutachtenvertrages.[33])

Gleichgültig kann es hierbei bleiben, für welchen Zeitpunkt diese rechtsgestaltende konstitutive Tätigkeit des Dritten gelten soll. Der Dritte kann eine Leistung festsetzen, die auf vergan-

[32]) Hayum a. a. O., S. 33.

[33]) Unrichtig ist es, wenn Goldschmidt in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 2, 719 ff., erklärt, der Dritte solle sich gleichsam in die Seele der Kontrahenten versetzen und statt derselben deren unvollständige Festsetzung ergänzend vervollständigen. Der Dritte ergänzt nicht, sondern gibt die Möglichkeit zur Ausführung. Außerdem nehmen die Parteien den Dritten gerade deshalb in Anspruch, weil sie selbst nichts wissen oder sich keine einhellige Meinung bilden können. Weismann (Arch.f.d.ziv.Pr. 72, 281) betont ganz richtig, daß die Erfahrung oft genug lehre, daß der Dritte mit seinem Spruch keiner der Parteien es recht gemacht habe.

genen Tatsachen beruht; denkbar ist auch, daß er eine Leistung festsetzt, deren Tatsachen in der Gegenwart eintreten und ebenso kann er Leistungen, über die jetzt noch nichts ausgesagt werden kann, da sie veränderten Umständen in der Zukunft angepaßt werden müssen, zu ihrer Zeit festlegen.[34]) Dieser Vertrag, Leistungen auf Grund von Tatsachen, die erst in der Zukunft eintreten, festzusetzen, ist kein eigener Vertragstypus, sondern fällt unter den hier behandelten.

Gerade diese Art von Verträgen hat in jüngerer Zeit mehrfach Anlaß zur Erörterung gegeben.[35]) In der Praxis werden vielfach Abreden getroffen, wonach die Parteien einen Dritten bestimmen, der ihre Leistungen festsetzen soll, falls sich in einem zukünftigen Zeitpunkt ergeben sollte, daß der eine oder andere Vertragsteil seine bisherige Leistung infolge veränderter Umstände oder Verhältnisse nicht mehr tragen kann und eine Einigung zwischen den Parteien nicht zu erzielen ist. Das Reichsgericht hat in diesen Fällen bedauerlicherweise eine einheitliche Stellung nicht eingenommen. So erblickt der VII. Zivilsenat — Urteil vom 22. 12. 1936 — VII 178/36 (RGZ 153, 193) — einen Schiedsvertrag hierin, während der zweite Zivilsenat — Urteil vom 21. 8. 1936 — II 154/36 (RGZ 152, 201) in dieser Abrede einen sogenannten Schiedsgutachtenvertrag sieht. Die Annahme, daß dieser Vertrag als Schiedsvertrag aufzufassen sei, ist abzulehnen. Das Reichsgericht stützt sich hierbei bei der Auslegung des Vertrages auf Äußerlichkeiten des Vertragsinhaltes, nach denen eine Beurteilung nicht möglich ist. Die Festsetzung einer Leistung durch einen Dritten ist nicht richterliche Tätigkeit; denn die Würdigung des vorliegenden Tatbestandes ergibt, daß die Parteien einen Pachtvertrag[36]) geschlossen hatten, bei dem ihre Leistung durch einen Dritten festgesetzt werden sollte, falls ein Teil infolge veränderter Umstände die Pachtsumme nicht mehr für tragbar halten sollte. Das ist offensichtlich Entscheidung eines Streites über tatsächliche Fragen zwischen den Parteien; wie oben schon eingehend

[34]) Ebenso Kohler in Ges. Beiträge, S. 264.
[35]) z. B. in JW 1937, S. 221 und 532.
[36]) RG 153/193.

ausgeführt, kann jedoch eine streitige Tatfrage niemals der Entscheidung eines Richters unterbreitet werden. Dabei ist es unerheblich, daß der Richter, wenn tatsächlich eine Rechtsentscheidung von ihm verlangt wird, die eine Partei zur Zahlung der Summe verurteilen muß, die bereits das Gutachten des Dritten festgestellt hat. Der Richter ist eben an das Gutachten gebunden. Aber diese richterliche Entscheidung ist doch dann viel weitgehender: Er subsumiert die gefundene gutachtliche Entscheidung des Dritten unter die Rechtsnormen. Er wird sagen: Weil die Rechtsnormen über den Pachtvertrag in bestimmter Weise lauten und Du B einen Pachtvertrag abgeschlossen hast, bei dem ein gewisser Pachtsatz als billig erscheint und von einem Dritten so festgestellt wurde, deshalb mußt Du jetzt an A bezahlen. Bei diesem[37]) vom Reichsgericht entschiedenen Fall haben sich die von den Parteien eingesetzten Dritten, die die veränderten Umstände für die Festsetzung der Pachtsumme in Betracht zogen, jedoch keinesfalls um die rechtlichen Normen des Pachtvertrages kümmern müssen. Ihre Aufgabe bestand nur darin, die ihnen von den Parteien vorgelegten Tatsachen (z. B. Bodenbeschaffenheit, Art des Grundstückes usw.) unter die geläufigen Erfahrungssätze zu subsumieren. Auch Jonas[38]) ist der Ansicht, daß in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall ein Schiedsvertrag nicht vorlag.

In Wirklichkeit ist es ein Vertrag, bei dem die Leistung durch einen Dritten zu bestimmen ist. Es trifft genau das zu, was vorher als Wesen dieses Vertrages festgestellt wurde. Die Parteien haben einen Rahmenvertrag abgeschlossen, bei dem die subjektive Leistung eines Vertragsteils von einem Dritten festgestellt werden soll. Daß diese Feststellung sofort bei Abschluß des Vertrages durch die Parteien zunächst selbst erfolgte mit der Maßgabe, daß bei später eintretenden veränderten Umständen ein Dritter unter Prüfung der Sachlage die von den Parteien festgelegte Leistung durch eine andere ersetzen soll, ändert nichts an der Rechtsnatur des Vertrages. Das ist nicht Ersatz einer Vereinbarung, wie Jonas meint.[39]) Der Vertrag zwischen den Parteien ist vollständig, so-

[37]) RG 153/193.
[38]) in Anmerkung zu dieser Entscheidung — JW 1937, S. 532.
[39]) Jonas in Anm. JW 1937, S. 532.

lange er besteht. Die Leistung ist jedoch im Fall der veränderten Verhältnisse nur objektiv bekannt — subjektiv und damit für die Parteien erkennbar wird sie von einem Dritten festgelegt und damit die weitere Ausführung des Vertrages ermöglicht; infolge der veränderten Umstände ist die von den Parteien subjektiv festgesetzte Leistung objektiv unrichtig geworden. Durch die Entscheidung des Dritten wird die subjektive Leistung der Parteien mit der objektiv richtigen wieder in Einklang gebracht. Die für das Rechtsverhältnis maßgebende Vertragsnorm wird an die veränderten tatsächlichen Umstände angepaßt. Es ergibt sich somit, daß auch bei der zukünftigen Festlegung der Leistung durch einen Dritten ein Vertragsverhältnis der oben untersuchten Art vorliegt.

Auch hier ist die Bezeichnung „Schiedsgutachtenvertrag" unrichtig und verwirrend. Vom Dritten wird auf Grund seiner sachverständigen Kenntnisse eine Leistung festgesetzt, ohne daß eine Entscheidung über einen Streit gefällt würde. Dementsprechend wird die Bezeichnung dieses Vertrages als

Leistungsbestimmungsvertrag

für vorteilhafter angesehen. Der Dritte wird auch bei diesem Vertrag unrichtig bezeichnet, wenn man ihn Schiedsmann, Schiedsgutachter oder Arbitrator nennt. Es gilt hierbei das oben Gesagte.[40]) Bezeichnet man ihn als Dritten oder Leistungsbestimmer, so ist damit seine Funktion erklärt und gleichzeitig auch die Grenze zum Gutachter bezw. Sachverständigen des Gutachtenvertrages gezogen.

IV. Der Vertrag nach § 317 BGB, insbesondere seine Abgrenzung zum Leistungsbestimmungsvertrag.

Der Vertrag nach § 317 BGB deckt sich weder mit dem Gutachten- noch mit dem Leistungsbestimmungsvertrag. Der Unterschied zum Gutachtenvertrag ist offensichtlich. Aufgabe des Gutachters ist es gerade nicht, eine Leistung zwischen den Vertragschließenden festzulegen — diese für den Vertrag nach § 317 BGB typische Funktion bildet den wesentlichen Unterschied zwischen Gutachtenvertrag und Vertrag gemäß § 317 BGB.

[40]) Seite 17.

Bereitet so die Abgrenzung zwischen Gutachtenvertrag und dem Vertrag nach § 317 BGB keine Schwierigkeiten, so bedarf der Unterschied zwischen Leistungsbestimmungsvertrag und Vertrag nach § 317 BGB genauerer Untersuchung, da er wesentlich schwerer zu erkennen ist. Gerade durch das Außerachtlassen des Unterschiedes zwischen Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag war es vielfach so schwer, eine richtige funktionelle Trennung des sogenannten „Schiedsgutachtenvertrages" vom Vertrag nach § 317 BGB zu ermöglichen. Gelang es jedoch, so umfaßte der Begriff „Schiedsgutachtenvertrag" nur den Leistungsbestimmungsvertrag.

Gemeinsam hat der Vertrag gemäß § 317 BGB mit dem Leistungsbestimmungsvertrag, daß auch bei ihm eine Leistung durch einen Dritten bestimmt wird.

Der Dritte des § 317 BGB ist jedoch nicht „Schiedsgutachter", wie oft angenommen wurde.[41]) Er hat eine andere Stellung wie der Leistungsbestimmer. Wesentlich für ihn ist, daß er einen nicht vollständigen Vertrag ergänzt. Zwischen den Parteien, die einen Dritten veranlassen, ihre Leistung gemäß § 317 BGB festzusetzen, ist ein Grundvertrag geschlossen, bei dem noch keine Leistung bestimmt ist. Sei es, daß die Parteien sich nicht einigen können oder ein sonstiger Hinderungsgrund vorliegt — sie übertragen jedenfalls einem Dritten die Festsetzung der Leistung. Die Parteien haben den Vertrag nicht vollständig geschlossen; es fehlt objektiv und subjektiv noch die Festsetzung der Leistung im Gegensatz zum Leistungsbestimmungsvertrag, wo der Vertrag vollständig ist, die Leistung jedoch den Vertragschließenden subjektiv nicht bekannt ist, jedoch objektiv allgemein feststeht.

Damit ist die Bestimmung der Leistung völlig in das Wollen des Dritten gestellt. Das Reichsoberhandelsgericht[42]) spricht das mit folgenden Worten aus: „Entscheidend ist, daß an Stelle des Willens der Kontrahenten in dem Schätzungspunkte der Wille des Dritten tritt. Nicht was sich nach bestimmten Schätzungsgrund-

[41]) Planck, § 317, 1, Oertmann, § 317, Anm. 1. Warneyer, § 317, Hellwig II, S. 105; auch Weismann dachte an die Fälle, die das Gesetz jetzt in § 317 BGB regelt (Arch. 72, 269; 74, 422), allerdings war das BGB seinerzeit noch nicht in Kraft.

[42]) ROHG Bd. 18, S. 337.

sätzen ergibt, sondern was der Dritte wollen wird, haben die Kontrahenten im fraglichen Punkte vereinbart, mögen sie auch den Dritten bezüglich seines Willens auf bestimmte Grundlagen verwiesen haben."

Allerdings unterliegt das Wollen des Dritten der Beschränkung, daß die Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat. Unerörtert bleibt hier die Leistungsbestimmung durch den Dritten „nach freiem Belieben" (§ 319 Abs. 2 BGB), da keinerlei Beziehungen zum Leistungsbestimmungsvertrag bestehen. Es ist ein Unterschied, ob eine Leistung objektiv richtig wie beim Leistungsbestimmungsvertrag festgesetzt werden soll oder nach billigem Ermessen. Objektiv richtig ist nur e i n e Entscheidung. Auf Grund bestimmter dem Leistungsbestimmer vorgelegter Tatsachen gibt es nur eine einzige objektiv richtige Bestimmung der Leistung. Der Dritte darf also die Feststellung nicht so treffen, daß sie nach dem Ermessen aller sachverständigen Kreise nicht als unbillig anzusehen ist, sondern er muß die Leistung so bestimmen, wie sie nach allgemeiner Lebensansicht richtig ist.[43]) Abweichungen von der allgemein richtigen Ansicht sind somit beim Leistungsbestimmer als Verstoß gegen seine Vertragspflichten zu werten. Hingegen ist eine Entscheidung nach billigem Ermessen viel mehr in die Sphäre des Einzelnen abgerückt. Er kann so entscheiden, wie er es für richtig erachtet, ohne dabei die allgemeine Meinung über die Richtigkeit seiner Entscheidung in so starkem Maße zur Richtschnur haben zu müssen wie der Leistungsbestimmer. Die Begriffe „richtig" und „nach billigem Ermessen" decken sich nicht. Daraus ergibt sich also, daß die Grenze für den Dritten des § 317 BGB weitergezogen ist; er hat in seiner Entscheidung viel mehr Spielraum als der Leistungsbestimmer und muß von der Linie der objektiven Richtigkeit immerhin wesentlich abweichende Entscheidungen treffen, damit sie als billigem Ermessen nicht mehr entsprechend bezeichnet werden können.[44])[45])

---

[43]) So auch das RG in 96/60.

[44]) Bedauerlicherweise nimmt das Reichsgericht zu diesem Punkt keine einheitliche Stellungnahme ein. So macht es in RG 96/60 zwischen Leistungs-

(Fortsetzung s. n. Seite)

Es sei allerdings nicht verkannt, daß tatsächlich der Unterschied zwischen Leistungsbestimmungsvertrag und Vertrag nach § 317 BGB außerordentlich schwer zu erkennen sein wird. Das hängt völlig davon ab, wie die Parteien im Prozeß sich äußern, und dem Richter wird es größte Schwierigkeiten bereiten, mit Sicherheit zu erkunden, ob der Grundvertrag zwischen den Parteien durch die Entscheidung des Dritten ergänzt oder ausgefüllt werden sollte. Besondere Bedeutung gewinnt der Unterschied, wenn der Dritte noch nicht gesprochen hat und die von ihm festzusetzende Leistung schon klageweise geltend gemacht wird. Dann ist nämlich die objektiv und subjektiv noch nicht bestimmte Leistung des Dritten noch nicht fällig und die Klage deshalb als unbegründet abzuweisen. Der Richter muß sich aber in solchen Fällen im Klaren sein, bevor er seine Entscheidung fällt.

Offensichtlich sind die Ähnlichkeiten zwischen dem Vertrag nach § 317 BGB und dem Leistungsbestimmungsvertrag so groß, daß man von Verwandtschaft dieser beiden Verträge sprechen muß. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte[46]) drückt sich wie folgt aus: „Erfolgt die Bestimmung nach billigem Ermessen durch einen Dritten, so handelt es sich um eine Art des Schiedsgutachtenvertrages." Entsprechend dieser Untersuchung muß der

---

(Fortsetzung von Fußnote 44)
bestimmungsvertrag und Vertrag nach § 317 BGB einen Unterschied, während es in der Entscheidung HRR 1933, Nr. 658 einen Vertrag, bei dem die Leistung durch einen Dritten nach billigem Ermessen getroffen werden soll, als „Schiedsgutachtenvertrag" ansieht.

[45]) Die herrschende Meinung hält allerdings den dem Vertrag nach § 317 BGB zugrunde liegenden Vertrag für vollständig geschlossen und begründet dies damit, daß statt des Dritten der Richter gemäß § 319, Abs. 2 BGB die Leistung festsetzen kann. So Arndt, S. 54, Oertmann, § 319, 1, 315, 4 b; Planck-Siber, § 315, 2 b; RGRKomm § 315, 1; Stein-Jonas vor § 253, II 3 b; Hellwig, S. 238. Die herrschende Meinung verkennt jedoch den Spielraum „billiges Ermessen", der dem Dritten zusteht. Gewiß hat der Richter auch eine objektiv billige Entscheidung gemäß § 319, Abs. 2 BGB zu fällen. Innerhalb des Spielraumes „billiges Ermessen" kann jedoch der Richter eine wesentlich andere Bestimmung treffen, als es der Dritte getan hätte. Trotzdem können beide Entscheidungen noch objektiv billig sein. Da auf Grund des Spielraumes, der dem Dritten wie dem Richter zusteht, die Entscheidung ungewiß ist, ist die Bestimmung der Leistung beim Vertrag nach § 317 BGB eine eigentliche Bedingung im Sinn des § 158 BGB, von deren Eintritt die Erfüllung des Vertrags abhängt.

[46]) Anm. 1 zu § 317 BGB.

Vertrag nach § 317 BGB als eine Abart des Leistungsbestimmungsvertrages angesprochen werden.

V. Die Rechtsnatur von Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, um welche Vertragsarten es sich bei dem Gutachten- und dem Leistungsbestimmungsvertrag handelt. Sind es prozeßrechtliche oder materiellrechtliche Funktionen, die diese Verträge erfüllen? Es wird sich empfehlen, auch hier den Unterschied zwischen Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag beizubehalten. Daß beide Verträge materiellrechtlicher Natur sind, kann keinem Zweifel unterliegen.[47]) Die Vereinbarung der Parteien, eine tatsächliche Frage einem Dritten zur Begutachtung oder zur subjektiven Bekanntgabe an die Parteien zu überlassen, hat in keiner Weise etwas mit einem prozeßrechtlichen Vertrag zu tun. Ganz offensichtlich ist das beim Gutachtenvertrag, wo der Gutachter nichts anderes zu tun hat, als den Parteien Unterlagen zur Festsetzung ihrer gegenseitigen Rechtsbeziehungen zu geben. Dabei ist ja nicht Voraussetzung, daß die Parteien überhaupt wegen des dem Gutachter vorgelegten Punktes in Streit befindlich sind. Wenn die Parteien wirklich streiten, so ist Sinn und Zweck des Gutachtenvertrages gerade der Wille der Parteien, dem gerichtlichen Streit durch das Gutachten des Dritten vorzubeugen. Wie oben dargelegt ist auch die Funktion des Dritten derjenigen eines Richters gerade entgegengesetzt: Der Gutachter hat sich mit Rechtsnormen nicht zu befassen. Der Gutachtenvertrag fällt somit nicht in das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit.[48]) Wie Wangner[49]) richtig anführt, ist, wenn die Parteien beim Gutachtenvertrag überhaupt streiten, nur ein Streit über tatsächliche Fragen möglich; ein Streit über Rechtsfragen kann nicht durch einen Gutachtenvertrag erledigt werden. Deshalb ist ein Gutachtenvertrag, der im Laufe eines Prozesses ge-

[47]) Gleicher Ansicht Wangner, a. a. O. S. 32; Arens, arbitri und arbitratoren, S. 31; Jonas, JW 1937, S. 533; RG 24, 357; Bongartz, S. 17; Bunsen, ZZP 35/413; Wedemeyer a. a. O. S. 106.

[48]) Andrer Ansicht Jonas, JW 1937, S. 221.

[49]) a. a. O. S. 60.

schlossen wird, auch ein materiellrechtlicher Vertrag, da hier ebenfalls lediglich tatsächliche Fragen entschieden werden sollen, die für die Rechtsbeziehungen der Parteien von Bedeutung sind.

Das gleiche gilt vom Leistungsbestimmungsvertrag: Auch dieser ist materiellrechtlicher Natur. Damit ist natürlich auch gesagt, daß sowohl Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag außerhalb der Zivilprozeßordnung stehen; es sind Verträge, deren Platz im bürgerlichen Recht ist. Die Erörterungen werden wohl nur deshalb so sehr ins Gebiet des Zivilprozeßrechtes verlegt, weil tatsächlich die Abgrenzung von dem prozeßrechtlichen Schiedsvertrag[50]) so schwer ist.

Da beide Verträge dem materiellen Recht zugehören, finden auf sie auch die Vorschriften des materiellen Rechtes Anwendung. Es gelten somit alle allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes für Verträge.

Abgrenzung gegenüber ähnlichen Verträgen.

1. Vergleich.

Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag ähneln in manchen Punkten dem Vergleich (§ 779 BGB).

Wie schon ausgeführt, ist es beim Vergleich ein streitiges Rechtsverhältnis, über das die Parteien eine Einigung finden, während das Vorliegen eines Streites für den Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag nicht Voraussetzung ist.

Beim Vergleich sind es die Parteien selbst, die durch eigenen Willensakt ihre Rechtsbeziehungen regeln. Beim Gutachtenvertrag hingegen wird einem Dritten die Festsetzung von Tatsachen anheim gegeben, ebenso bestimmt beim Leistungsbestimmungsvertrag ein Dritter.[51])

Wesentlich gerade für den Unterschied zwischen Gutachtenvertrag und Vergleich erscheint folgende Tatsache. Beim Vergleich wird von den Parteien eine Einigung erzielt, die auf das Rechtsverhältnis der Parteien gestaltend einwirkt. Beim Gut-

[50]) Daß der Schiedsvertrag ein prozeßrechtlicher Vertrag ist, ist heute herrschende Meinung — Siehe Gaupp-Stein-Jonas, Anm. 1 zu § 1025 ZPO.

[51]) Anderer Ansicht Buchdahl S. 13.

achtenvertrag hingegen bestimmt der Dritte nicht eine Leistung für einen Vertragsteil, sondern er setzt nur eine Tatsache für die Vertragskontrahenten bindend fest. In der Hand der Parteien liegt es sodann, selbst ihre Leistungen auf Grund des Gutachtens zu bestimmen.

Der Leistungsbestimmungsvertrag hat zwar auch den Zweck, rechtsgestaltend auf die Handlungen und Beziehungen der Parteien einzuwirken. Die Parteien haben aber erst nach Erstattung des Spruches ihre Leistung festzusetzen, hingegen ist beim Vergleich die Leistung ohne jede Bedingung bestimmt. Man hat aus diesem Grunde mehrfach im Gutachten- wie im Leistungsbestimmungsvertrag einen bedingten Vergleich[52]) gesehen. Das ist unrichtig. Beim Gutachtenvertrag verkennt diese Ansicht ebenso wie beim Leistungsbestimmungsvertrag die Funktion dieser beiden Verträge. Das Wesen des Vergleiches ist es, einen Rechtsstreit zu beenden, nicht einen Streit um rechtserhebliche Tatsachen.

Zum andern erfordert das Wesen des Vergleichs ein gegenseitiges Nachgeben. Schließen die Parteien, falls sie im Streit über eine Tatsache befangen sind, einen Gutachten- oder Leistungsbestimmungsvertrag ab, dann ist gerade der Zweck dieses Vertragsabschlusses, ein gegenseitiges Nachgeben zu vermeiden.[53]) Jede Partei glaubt, auf dem Wege des Gutachtens bzw. der Leistungsbestimmung durch die objektive Festsetzung einer Tatsache durch einen sachverständigen Dritten zu ihrem Recht zu kommen.

Ein weiterer Unterschied ist darin zu sehen, daß die Leistungsbestimmung objektiv richtig sein muß. Beim Vergleich hingegen sind die Beteiligten rechtskräftig an ihre tatsächlichen Festsetzungen gebunden, mögen diese noch so sehr von der objektiven Richtigkeit abweichen.[54]) Daraus ergibt sich, daß beim Gutach-

---

[52]) So Kohler, Gruchots Beiträge Bd. 31, 305; Pinckernelle, Die Arbitrageklausel, S. 14.

[53]) Kisch, Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 15.

[54]) Buchdahl — a. a. O. S. 14 — hält diese Tatsache nicht für einen Unterschied, da hierbei nicht beachtet würde, daß damit ein Unterschied zwischen Vergleich und Schiedsgutachtenklausel in Frage stehe. Er übersieht dabei jedoch, daß die Funktion beider Verträge eine ganz verschiedene ist — auf diese kommt es hierbei an.

ten- wie Leistungsbestimmungsvertrag die Beseitigung der zwischen den Parteien schwebenden Ungewißheit oder des Streites keine endgültige ist. Kann oder will der Dritte nicht entscheiden oder entscheidet er objektiv unrichtig, dann bestehen Streit oder Ungewißheit noch fort.

2. Anerkenntnisvertrag.

Der Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag ist auch kein Anerkenntnisvertrag des bürgerlichen Rechtes, wie heute wohl unbestritten ist.[55]) Auch bei diesem werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien unmittelbar geregelt und zwar dadurch, daß der anerkennende Teil sich dem anderen neu verpflichtet. Das Anerkenntnis ist also einseitig, während das Wesen der hier behandelten Verträge darin liegt, daß beide Parteien gebunden sind. Auch beim Anerkenntnisvertrag wird wie beim Vergleich die Leistung von den Parteien selbst festgelegt. Ebenso erfolgt eine endgültige rechtskräftige Regelung zwischen den Vertragschließenden.

3. Bedingungstheorie von Kisch.

Kisch ist der Hauptvertreter der sogenannten Bedingungstheorie.[56]) Danach wird in der Vereinbarung eines sogenannten Schiedsgutachtenvertrages eine Bedingung des Vertragsverhältnisses erblickt. Eine Leistungsklage soll nur dann zulässig sein, wenn der Dritte gesprochen hat. Hat er noch nicht entschieden, dann müsse eine Klage als verfrüht abgewiesen werden, weil der betreffende Anspruch noch nicht fällig sei.[57]) Fällig sei er erst mit Erstattung des Gutachtens.

Dieser Ansicht trete ich nicht bei. Es ist zunächst ausgeschlossen, diese Theorie auf den Gutachtenvertrag anzuwenden. Beim Gutachtenvertrag, der lediglich die Aufgabe hat, den Parteien Unterlagen zur Klärung ihrer Rechtsverhältnisse zu schaffen, ist ein zugrunde liegendes Vertragsverhältnis nicht wesentliches Er-

[55]) Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 15; Wangner, S. 62 ff.; Buchdahl S. 15 ff.

[56]) Kisch, a. a. O., S. 103 ff.

[57]) So Bongartz, S. 29; Kisch in RheinZeitschr, S. 14 ff.; RG in SeuffArch 57/422; OLG 25, 236.

fordernis. Mit der Erstattung des Gutachtens setzt der Gutachter nicht eine Leistung für einen den Gutachtenvertrag abschließenden Kontrahenten fest, sondern er gibt nur eine bindende Feststellung über eine tatsächliche Frage. Damit ergibt sich auch von selbst, daß für den Fall der Klageerhebung die Leistung des Beklagten nicht vom Gutachter festgestellt werden kann, sondern nur von den Parteien selbst, wenn von ihnen überhaupt vor Klageerhebung eine solche Feststellung erfolgte. Der Fall, daß eine Leistungsklage vor Abgabe des Gutachtens durch den Dritten erhoben wird, dürfte ziemlich selten sein; denn gerade dieses Gutachten dient den Parteien erst dazu, Unterlagen zu geben und darauf die Leistungen festzulegen. Die Abgabe des Gutachtens ist also nicht als Bedingung des Vertragsverhältnisses anzusehen.

Liegt dem Gutachtenvertrag ein anderer Vertrag zugrunde (z. B. ein Pachtvertrag, bei dem der Wert eines Grundstückes durch einen Gutachter festgestellt werden und der Pachtsatz nach diesem Gutachten von den Parteien bemessen werden soll), so ist das Gutachten nicht die Bedingung, ohne die das Vertragsverhältnis nicht erfüllt werden könnte. Die Bedingung des Vertragsverhältnisses ist die Ausfüllung des Vertrages durch die Parteien selbst und zwar auf der Grundlage des bindenden Gutachtens. Aus diesem Grunde ist bei einer Leistungsklage der Anspruch noch nicht fällig; denn die Parteien haben ihn noch nicht bestimmt. Es muß dabei auch in Erwägung gezogen werden, daß es den Parteien freisteht, nach Erstellung des Gutachtens auf Grund freier Vereinbarung übereinzukommen, das Gutachten nicht zur Grundlage für die Bestimmung der Leistung zu nehmen. Verwenden sie es aber doch, was der Regelfall sein dürfte, so hat die Erstattung des Gutachtens nur eine mittelbare Wirkung auf die Fälligkeit der Leistung, jedoch nicht eine solche, daß man sagen könnte, sie sei Bedingung des Vertrags.

Ebenso ist die Bedingungstheorie beim Leistungsbestimmungsvertrag abzulehnen. Hier ergibt sich die Ablehnung offensichtlich aus dem oben dargestellten Wesen des Leistungsbestimmungsvertrages. Von den Parteien wurde nicht eine Bedingung gesetzt, nicht eine Vervollständigung des Vertrages soll durch die

Leistungsbestimmung des Dritten erreicht werden, sondern der Vertrag ist bereits bei Abschluß vollständig. Der vom Dritten zu bestimmende Punkt ist objektiv allgemein bekannt, nur subjektiv den Parteien nicht. Damit ist auch gesagt, daß eine Bedingung im Sinne des § 158 BGB nicht vorliegen kann. Bei einer Bedingung muß es sich darum handeln, daß nicht nur den Parteien etwas subjektiv ungewiß ist, sondern daß ein objektiv noch ungewisses Ereignis den Vertrag zum Entstehen bringt.[58])

Das ist der Punkt, in dem sich der Vertrag nach § 317 BGB und der Leistungsbestimmungsvertrag unterscheiden. Beim Vertrag nach § 317 BGB ist allerdings durch die Bestimmung der Leistung durch den Dritten eine Bedingung gesetzt;[59]) denn die Leistung ist nicht nur subjektiv den Parteien, sondern auch objektiv ungewiß, da sie nach billigem Ermessen getroffen werden muß. Der Spielraum, der dem Dritten bei der Entscheidung nach billigem Ermessen zur Verfügung steht, ist immerhin so groß, daß seine Bestimmung eine objektive Ungewißheit in sich birgt. Erst recht gilt das natürlich für einen Vertrag, bei dem die Bestimmung der Leistung in das freie Ermessen eines Dritten gestellt ist. Es ergibt sich also, daß die Bedingungstheorie gerade das Wesen des Leistungsbestimmungsvertrages verkennt, nämlich die bedingungslose Vollständigkeit des Vertrages bereits bei Abschluß. Die rechtlichen Folgerungen, die sich aus der Bedingungstheorie ergeben, führen zu unhaltbaren rechtlichen Konsequenzen, wie später[60]) noch dargestellt werden wird. Auch das Reichsgericht[61]) steht auf dem einzig möglichen Standpunkt, daß ein Leistungsbestimmungsvertrag von Anfang an vollständig geschlossen ist.

4. Beweisvertrag und rechtliche Konstruktion

a) des Gutachtenvertrages.

Um aus der Zwickmühle herauszufinden, hat man geglaubt, Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag als Beweisverträge

[58]) Siehe RGRKomm., Vorbem. 2 und 3 vor § 158 BGB.
[59]) Siehe Anmerkung 45.
[60]) In Abschnitt VII.
[61]) RGZ 96/60.

konstruieren zu müssen. Es erscheint angebracht, bei der Untersuchung eine Teilung eingehender Art zwischen Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrag vorzunehmen. Wenn die Parteien an dem Gutachten selbst nichts auszusetzen haben, so ist doch denkbar, daß sie einen Prozeß über ihre Rechtsbeziehungen führen, bei dem das Gutachten eine bedeutende Rolle spielt. Es ist auch hier wieder ein Unterschied zu machen, ob das Gutachten bereits vor Beginn des Prozesses erstellt ist oder erst im Laufe des Prozesses abgegeben wird, sei es, daß der Gutachtenvertrag schon vor Prozeßbeginn abgeschlossen wurde, der Dritte jedoch noch nicht entschieden hat, sei es, daß erst im Laufe des Prozesses zum Abschluß eines Gutachtenvertrages geschritten wird.

A) Im ersteren Fall hat der Richter das Gutachten zu beachten, was keinem Zweifel unterliegt. Sinn und Zweck des Gutachtenvertrages war es, den Parteien tatsächliche Unterlagen zu schaffen, an die sie gebunden sein wollen. Die tatsächliche Lage der Kontrahenten, die sich dann auch auf die Rechtsbeziehungen auswirkt, ist bindend festgestellt. Kommt es nun zum Rechtsstreit, so ergibt sich, daß dem Richter eine festumrissene, tatsächliche Lage auf Grund des Gutachtens vorgetragen wird, an die er sich nach den Grundsätzen der Dispositionsmaxime zu halten hat. Dieser Gutachtenvertrag ist ohne Zweifel ein materiellrechtlicher Vertrag. Er verändert nämlich in der Tat die materiellrechtliche Lage der Parteien. Das Gutachten muß objektiv richtig sein genau wie beim Leistungsbestimmungsvertrag. Aber es besteht nicht wie beim Leistungsbestimmungsvertrag bereits ein vollständiger Vertrag zwischen den Parteien, bei dem der Dritte nur subjektiv die Leistung für die Vertragsschließenden festsetzen soll. Die Parteien gestalten auf Grund der tatsächlichen Feststellung des Dritten ihre Rechtslage. Das Gutachten ist die Plattform, von der die Parteien ausgehen. Kommt es zum Rechtsstreit, dann werden die Leistungen auf Grund des Gutachtens nicht von den Parteien, sondern vom Gericht bestimmt.

Dabei muß beachtet werden, daß der Gutachtenvertrag einen unmittelbaren Einfluß auf die Gestaltung der materiellen

Rechtslage zwischen den Parteien nicht ausübt.[62]) Aber er hat auch keine Wirkung auf den Prozeß. Die einzige unmittelbare Wirkung des Gutachtenvertrages ist die, daß die Parteien auf der Grundlage ihres Vertrages an die Äußerung des sachverständigen Dritten gebunden sind. Es erscheint müßig, diesen Vertrag in ein anderes Vertragssystem hineinzwängen zu wollen. Daß hier kein Beweisvertrag vorliegt, dürfte auf der Hand liegen. Die Bindung der Parteien an das Gutachten ist jedoch das Kennzeichen dafür, daß ein materiellrechtlicher und nicht ein prozeßrechtlicher Vertrag vorliegt.

B) Der Gutachtenvertrag kann aber auch noch im Laufe des Prozesses abgeschlossen werden. Wie bereits dargelegt, ist das der Fall, wenn die Kontrahenten sich im Rechtsstreit befinden und tatsächliche Fragen objektiv bindend durch einen Dritten festgesetzt haben wollen. Dem äußeren Anschein nach liegt hier ein Beweisvertrag vor; die Parteien streiten über Tatsachen, die für ihr Rechtsverhältnis maßgebend sind, und einigen sich, daß der Beweis darüber unterbleiben soll, d. h. die Tatsache als bewiesen gelten soll. Diese Theorie[63]) lehne ich ab. Ein Beweisvertrag darf in einem Prozeß nicht geschlossen werden. Damit würde dem Richter eines seiner wichtigsten Rechte — nämlich das Recht der freien Beweiswürdigung — eingeschränkt werden. An dieser grundsätzlichen Unzulässigkeit darf nicht gerüttelt werden, mag hier auch ein Beweisvertrag „besonderer Art" gegeben sein, wie zum Teil angenommen wird. Buchdahl[64]) begründet die Annahme eines Beweisvertrages u. a. damit, daß § 106 ArbGG anzuwenden sei, der angeblich einen Beweisvertrag als zulässig erachtet. Zunächst ist gar nicht ersichtlich, wieso das im ArbGG geregelte Schiedsgutachtenverfahren ohne weiteres auf den allgemeinen Gutachten- bezw. Leistungsbestimmungsvertrag Anwendung finden soll. Die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes ist eine besondere, die nicht ohne weiteres übertragen werden darf. Ist also schon die Übernahme von arbeitsgerichtlichen Regeln

[62]) Anderer Ansicht Kisch in RheinZeitsch S. 23.
[63]) Sie wird vertreten von Buchdahl, S. 24 ff.; Marcus in „Das Recht" 1912, Sp. 92.
[64]) a. a. O. S. 29.

nicht ohne Bedenken möglich, so ist es auch nicht richtig, in dem Schiedsgutachtenvertrag des Arbeitsgerichtsgesetzes einen Beweisvertrag zu erblicken. Zwar ist es richtig, daß die beweispflichtige Partei im Prozeß den Beweis nur durch Vorlage des Gutachtens führen kann. Das spricht aber noch nicht für einen Beweisvertrag. Wenn im Prozeß ein Gutachtenvertrag abgeschlossen wird, der eine tatsächliche Feststellung zwischen den Parteien trifft, dann ist diese Feststellung eine objektiv richtige. Tatsachen, die zu beweisen sind, sind durch den Gutachtenvertrag nicht kraft Parteiwillkür bewiesen, sondern werden von einem Dritten objektiv richtig festgestellt. Der im Prozeß geschlossene Gutachtenvertrag hat also nicht die Wirkung, daß die Parteien nun über die Tatsache, über die sie sich im Unklaren sind, dem Gericht den Spruch eines Dritten vorlegen, dem das Gericht glauben muß und den es der Entscheidung zugrunde legen muß. Gerade der Gutachtenvertrag bietet in seinem Wesen die Gewähr dafür, daß eine Tatsache objektiv r i c h t i g festgestellt wird; der Beweisvertrag hingegen ermöglicht kraft Parteiwillens Festsetzung von Tatsachen ohne Rücksicht auf die objektive Richtigkeit. Hier können auf Grund des Vertrages diese Tatsachen dem Gerichte ganz anders vorgetragen werden, als sie wirklich liegen. Die Parteien können dem Richter „Karrikatur statt Wirklichkeit" vorbringen, wie Kohler[65]) treffend sagt. Nur hier wird dem Richter auch das Recht der freien Beweiswürdigung entzogen. Beim Gutachtenvertrag hingegen kann eine richterliche Beweiswürdigung nur zu dem Ergebnis führen, daß die Richtigkeit des Gutachtens bestätigt wird. Beim Gutachtenvertrag wird sonach eine Tatsache objektiv richtig festgestellt, während sie beim Beweisvertrag nur als feststehend gilt, ohne objektiv richtig sein zu müssen. Daraus ergibt sich ganz klar, daß ein großer Unterschied zwischen Beweisvertrag und Gutachtenvertrag besteht. Das Wesen des Gutachtenvertrages wird übersehen, wenn man ihn als Beweisvertrag anspricht.

Er kann aber auch weiterhin deshalb nicht als Beweisvertrag bezeichnet werden, weil es gar nicht eine zwingende Notwendig-

[65]) in Gruchots Beiträgen 31, S. 305 ff.

keit des Vertrages ist, Beweismittel im Prozeß zu ersetzen. Die Rechtswirksamkeit des Vertrages tritt auch dann ein, wenn es gar nicht zum Prozeß kommt.

Auch im Prozeß wie außerhalb übt der Gutachtenvertrag nur mittelbar eine Wirkung auf die Ansprüche der Parteien aus. Im Prozeß setzt der Richter eine Leistung auf Grund des Gutachtens fest. Die beweispflichtige Partei kann allerdings den Beweis nur durch Vorlage des Gutachtens erbringen. Bei Nichtvorlegung des Gutachtens wird sie beweisfällig und hat die sich daraus ergebenden Folgerungen zu tragen.[66])

Es werden also durch den Gutachtenvertrag, der im Laufe des Prozesses abgeschlossen wird, nur tatsächliche Vorfragen geklärt. Die tatsächliche Ebene, von der aus die rechtlichen Beziehungen der Parteien in Kraft gesetzt werden, wird objektiv richtig umrissen. Ein Vertrag zweier Parteien, der nur die Aufgabe hat, Tatsachen — wenn auch im Prozeß — bindend festzustellen, kann nur ein materiellrechtlicher Vertrag sein.[67]) Es ist genau das gleiche, als wenn die Parteien irgendeinen Vertrag schließen und darin Tatsächliches selbst festlegen. Dann regeln sie eben ihre tatsächliche Lage und daraus sich ergebend ihre Rechtsbeziehungen in einem bestimmten Verhältnis, das jeder Richter seinem Tatbestand zugrunde legen muß.[68])

Man sieht vielfach den Gutachtenvertrag deshalb als Beweisvertrag an, weil man seinen Vertragstypus allzusehr unter dem Aspekt des Prozesses betrachtet. Wie schon oben erwähnt, ist es nicht Voraussetzung des Vertrages, daß er im Prozeß vorkommt, ja nicht einmal notwendig, daß zwischen den Parteien überhaupt Streit herrscht. Nur dadurch, daß der Vertrag auch vielfach im Laufe eines Prozesses abgeschlossen wird, konnte man wohl auf den Gedanken kommen, in ihm einen Beweisvertrag zu sehen.

---

[66]) Baumbach, ZPO, Vorbem. 2 A. vor § 1025 ZPO.
[67]) So auch Wangner, S. 32; RG 24, 359.
[68]) Kisch (in RheinZeitsch 17, S. 26) sagt mit Recht, daß der Spruch der Schiedsmänner ein ‚Stück des Tatbestandes ist, von welchem das Bestehen oder der Inhalt des eingeklagten privatrechtlichen Anspruches abhängig ist.

In Wirklichkeit muß der Gutachtenvertrag von der materiellen Seite aus angegangen werden. Er ist eine Regelung der tatsächlichen Lage zwischen zwei Parteien nur mit dem Unterschied, daß ein Dritter den beiden Kontrahenten durch seine Sachkunde zu Hilfe kommt. Auch im Prozeß leistet der Dritte lediglich sachkundigen Beistand, ohne daß dadurch eine falsche gerichtliche Entscheidung veranlaßt wäre, da ja das Gutachten des Dritten objektiv richtig sein muß.

Damit ist auch gesagt, daß der Gutachtenvertrag nicht als streitige Gerichtsbarkeit zu bezeichnen ist.[69]) Er hat wesensmäßig nichts mit Gerichtsbarkeit zu tun — weder mit freiwilliger noch streitiger —, da er nur die tatsächlichen Beziehungen der Parteien regelt und tatsächliche Fragen bindend klärt, wenn er im Laufe eines Prozesses zum Abschluß gebracht wird.

b) des Leistungsbestimmungsvertrages.

Der Leistungsbestimmungsvertrag übt im Gegensatz zum Gutachtenvertrag unmittelbare Wirkungen auf die tatsächlichen Beziehungen der Parteien zueinander aus. Durch ihn werden tatsächliche Leistungen durch einen Dritten festgestellt. Auch hier sind zwei Fälle denkbar: 1. wenn die Leistung festgesetzt ist, ohne daß ein Rechtsstreit vorliegt, und 2. vor Beginn des Rechtsstreites. Andererseits kann das Gutachten zu Beginn des Rechtsstreites noch nicht erstellt sein oder der Vertrag erst im Laufe des Prozesses abgeschlossen werden.

A) Das Wesen des Leistungsbestimmungsvertrages besteht darin, von einem sachverständigen Dritten eine Leistung zwischen den Parteien subjektiv und bindend festsetzen zu lassen. Vor Abschluß war die Leistung nur objektiv bekannt, der Vertrag jedoch vollständig. Eine Änderung der materiellen Rechtslage zwischen den Parteien erfolgt nicht durch die Leistungsbestimmung des Dritten, sondern durch den Grundvertrag.[70]) Das Gutachten bindet die Parteien, abgesehen von dem Fall, daß es unrichtig ist. Das ist ein Wesensmerkmal des Leistungsbestimmungsvertrages. Ob-

[69]) So Jonas in JW 1937, S. 221.
[70]) Insofern entspricht RG 96/59 nicht den Tatsachen.

wohl es nun aber die Kontrahenten bindet und in einem nachfolgenden Prozeß auch vom Gericht als bindend anerkannt werden muß, so ist die Leistungsbestimmungsklausel deshalb doch kein Beweisvertrag — also kein prozeßrechtlicher Vertrag. Zunächst ist es auch gar nicht das Wesensmerkmal des Leistungsbestimmungsvertrages, daß es zum Prozeß kommt, um das Gericht an die Leistungsbestimmung des Dritten zu binden. Die Klausel bezweckt doch gerade das Gegenteil, nämlich die Verhütung des Prozesses. Wie kann ein Vertrag als Beweisvertrag hingestellt werden, der gerade den Zweck hat, eine prozessuale Auseinandersetzung zu vermeiden? Wesentliches Merkmal des Leistungsbestimmungsvertrages ist fernerhin, daß die Parteien einen vollständigen Grundvertrag abgeschlossen haben müssen, dessen Rahmen durch den Leistungsbestimmer objektiv richtig ausgefüllt werden muß. Damit ist auch seine Rechtsnatur festgelegt. Er ist nicht deshalb ein prozeßrechtlicher Vertrag, weil er die materiellrechtlichen Beziehungen der Parteien nicht ververändert. Der Leistungsbestimmungsvertrag ist als Vertrag eigener Art anzusehen und läßt sich — wie der Gutachtenvertrag — nicht in das System eines anderen Vertrages einreihen. Lediglich die Einstellung unter die große Gruppe der materiellrechtlichen Verträge im Gegensatz zu den prozeßrechtlichen Verträgen ist möglich. Der befragte Dritte füllt den Rahmen eines zwischen den Parteien geschlossenen bürgerlichrechtlichen Grundvertrages aus. Auch aus dieser Funktion des Leistungsbestimmungsvertrages ergibt sich offensichtlich sein materiellrechtlicher Charakter.

B) Liegt die Bestimmung der Leistung bei Beginn des Prozesses noch nicht vor oder wird der Vertrag erst im Laufe des Prozesses abgeschlossen, so wird dadurch seine Rechtsnatur nicht verändert. Es kann hierbei auf die Ausführungen unter V. 4. a) B) verwiesen werden. Auch hier liegt ein Beweisvertrag nicht vor, weil die Leistung ebenso wie das Gutachten nur objektiv richtig bestimmt werden kann; eine willkürliche Parteivereinbarung über die Tatsachen ist damit ausgeschlossen. Somit könnte eine richterliche Beweiswürdigung nur zu dem Ergebnis führen, daß die Leistung objektiv richtig bestimmt ist. In der Tat ist auch durch

den im Prozeß abgeschlossenen Leistungsbestimmungsvertrag eine Änderung der materiellen Rechtslage der Parteien nicht herbeigeführt. Bei Abschluß des Grundvertrages, über den die Parteien in Streit geraten sind, war eine Klausel nicht aufgenommen; im Prozeß selbst kann aber nur über den Grundvertrag oder die sich daraus ergebenden Rechtsbeziehungen gestritten werden. Sonach ist der Abschluß eines Leistungsbestimmungsvertrages im Prozeß nur möglich, um eine Beschleunigung herbeizuführen.

Es sei dabei darauf hingewiesen, daß allerdings die tatsächliche Festsetzung der Leistung bereits die Entscheidung des Rechtsstreites in sich bergen kann.[71]) Die Tätigkeit des Leistungsbestimmers ist jedoch von der des Richters verschieden, wie bereits oben bei der Unterscheidung von Schieds- und Leistungsbestimmungsvertrag aufgezeigt wurde.

VI. Äußere Form und Inhalt des Gutachten- bzw. Leistungsbestimmungsvertrages.

a) Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag unterscheiden sich jedoch nicht nur durch ihre Funktion vom Schiedsvertrag, sondern auch die äußere Form und der Inhalt hat mit dem Schiedsvertrag nichts gemein. Es besteht weder die Formvorschrift des § 1027 ZPO noch sonst irgendeine. Sowohl Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag können zwischen den Parteien in jeder beliebigen Form abgeschlossen werden;[72]) erforderlich ist natürlich nur, daß auf die allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes Rücksicht genommen wird. Der Gutachtenvertrag wird sehr oft, der Leistungsbestimmungsvertrag fast immer im Rahmen eines anderen Vertragsverhältnisses erscheinen.

b) Für die Auslegung und Bestimmung eines Vertrages kann die Bezeichnung, die die Parteien dem Vertrage bezw. dem Dritten geben, niemals ausschlaggebend sein. Die Abgrenzung der Verträge kann nicht auf Grund von Äußerlichkeiten gefunden werden; maßgebend ist die Funktion des Vertrages.

---

[71]) Kohler ArchBusch 47, 332; RG in HRR 1933, Nr. 658; RG 45/352, 67/73; RG in JW 1937, S. 2970.
[72]) Wangner, S. 51.

So ist es völlig gleichgültig, wie die Parteien den Dritten bezeichnen. Sie können von einem Schiedsrichter reden, wenn sie einen Gutachter oder Leistungsbestimmer meinen.[73]) Abzulehnen ist die Entscheidung des Reichsgerichts,[74]) die Bezeichnung des Dritten als „Schiedsrichter" durch die Parteien als „Willen der Parteien" hinzustellen. Der Wille der Parteien ist zwar für die Auslegung des Vertrages von großer Bedeutung, kann aber nicht darin gesehen werden, wie sie sich — die doch meistens nicht Juristen sind — ausgedrückt haben.[75]) Die Auslegung des Vertrages ist nur möglich, wenn man sich nicht an den buchstäblichen Sinn des Ausdruckes hält, sondern den wirklichen Willen der Parteien aus den gesamten Umständen erforscht. § 133 BGB. So kann auch der abgeschlossene Vertrag niemals beurteilt werden nach der Auffassung, die die Parteien von ihm haben. Die Unterscheidung setzt Rechtskenntnisse voraus, die der Laie nicht besitzen kann.[76])

Häufig wird gerade bei Auslobungen der Dritte, der nur feststellen soll, ob die verlangte Leistung bewirkt sei, als Preis-„Richter" bezeichnet. In Wirklichkeit ist dieser Preisrichter ein sachverständiger Dritter, der nicht unter widerstreitenden rechtlichen Parteibehauptungen zu entscheiden hat, sondern feststellt, welche Leistung unter den Konkurrierenden als die beste anzusehen ist.[77]) Dies ist Aufgabe eines Gutachters, nicht die eines Leistungsbestimmers. Derjenige, der die Auslobung verspricht, weiß bereits ganz konkret, was er zu leisten hat. Die Leistung ist also genau bestimmt. Unbekannt ist ihm nur, an wen er zu leisten hat. Andererseits bestimmt der Gutachter nicht, was der Vertragsgegner zu leisten hat, sondern was er auf Grund seines technischen Könnens vollbracht hat. Der Gutachter stellt also

---

[73]) RG 34/412, 67/72, JW 1896/33, 1906/573, Delius, ZPO, S. 652, Weismann Arch.f.d.ziv.Pr. 72, 309, Jonas JW 1937/532.

[74]) RG 153/193.

[75]) Jonas (in JW 1937/532) bemerkt zu dieser Entscheidung treffend, daß der Satz, daß man in Großunternehmerkreisen zwischen Schiedsrichter und Schiedsgutachter wohl zu unterscheiden wisse, schwerlich etwas besage, wenn ein anderer Senat des Reichsgerichts den gleichen Vertrag gerade in entgegengesetztem Sinn auffasse.

[76]) Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 13.

[77]) So auch Weismann Arch.f.d.ziv.Pr. 72/309.

auf Grund seiner tatsächlichen sachverständigen Kenntnisse nur die beste Leistung fest und gibt damit eine Möglichkeit, daß sich zwischen dem Auslobenden und dem besten Konkurrenten auf Grund der tatsächlichen Feststellung durch den Dritten ein Rechtsverhältnis anbahnt, das dem besten Konkurrenten einen Anspruch auf die Leistung gegen den Versprecher gibt.

Ebensowenig kann für die Auslegung des Vertrages die Klausel „unter Ausschluß des Rechtsweges" von Bedeutung sein.[78])

Die Zahl der Streitpunkte ist gleichfalls ohne Erheblichkeit, denn es ist denkbar, daß die Entscheidung eines Schiedsrichters sich auf die Aufklärung eines einzigen tatsächlichen Umstandes gründet, während der Gutachter eine ganze Reihe von Fragen auf Grund eines Vertrages zu beantworten hat.[79])

VII. Die prozessualen Folgerungen, die sich aus dem materiell-rechtlichen Charakter des Gutachten- und Leistungsbestimmungsvertrages ergeben.

1. Der Dritte spricht vor Prozeßbeginn.

a) Der Dritte hat gesprochen; erst nach dem Spruch kommt es zum Streit. Die Folgen, die sich aus dem Gutachtenvertrag zwischen den Parteien ergeben, sind klar. Es sind bindende tatsächliche Feststellungen zwischen den Parteien getroffen. Diese Tatsachen sind, falls sie richtig sind, unabänderlich. Auch der Richter hat sich an sie zu halten. Eine Beweiserhebung hierüber gibt es nicht mehr; denn diese Tatsachen, die wohl erst auf Grund tatsächlicher sachverständiger Kenntnis des Dritten herausgestellt wurden, sind für die Entscheidung des Gerichtes ebenso zu Grunde zu legen, wie andere Tatsachen, die zwischen den Parteien vor Beginn des Streites zur Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses niedergelegt wurden. Es sei folgendes Beispiel angeführt:

A klagt gegen B auf Zahlung des Kaufpreises für eine gelieferte Maschine. Vor Beginn des Prozesses war zwischen A und B ein Gutachtenvertrag dahingehend abgeschlossen worden, daß

[78]) RG 10, 130; 45, 350; Delius, ZPO, S. 652.
[79]) Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 12.

ein Dritter bindend feststellen solle, ob die Maschine ordnungsmäßig laufe. Der sachverständige Dritte bejahte dies und bindet die Parteien in diesem Punkt.

Im Rechtsstreit muß nun der Richter seiner Würdigung ohne Beweisaufnahme über diesen Punkt zu Grunde legen, daß die Maschine richtig geliefert wurde. Sollte B dennoch einwenden, die Maschine laufe nicht ordnungsgemäß, so ist dieser Einwand völlig unerheblich. A braucht nicht Beweis durch Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen anzubieten dafür, daß die Maschine ordnungsgemäß läuft, sondern muß nur das Gutachten vorlegen. Will B den Klageanspruch beseitigen, muß er mit Einwendungen kommen, die auf einer völlig anderen Ebene liegen (z. B. Stundung des Kaufpreises durch A, Aufrechnung usw.).

b) Ebenso ist es beim Leistungsbestimmungsvertrag. Auch hier ist die Leistung vor Beginn des Rechtsstreites durch den Dritten den Parteien bindend vorgeschrieben. Ebenso ist es für den Verpflichteten zwecklos, die Verpflichtung zur Leistung zu bestreiten; denn der Kläger kann den Spruch des Dritten vorlegen, dem das Gericht wie der Beklagte sich unbedingt beugen muß. Nur Einwendungen, wie Stundung, Aufrechnung usw. sind für den Beklagten von Erfolg.

Nicht gesprochen sei hierbei von Einwendungen, die das Gutachten als solches betreffen (z. B. wegen offenbarer Unbilligkeit).

2. Der Spruch des Dritten liegt im Prozeß noch nicht vor.

Denkbar sind zwei Fälle:

a) Der Kläger klagt, ehe der Gutachter seinen Spruch abgegeben hat oder b) die Parteien schließen im Laufe des Prozesses den Gutachten- oder Leistungsbestimmungsvertrag ab.

In jedem Fall ist die tatsächliche Lage zwischen den Parteien noch nicht genau umrissen, obwohl bereits Klage erhoben ist. Bestreitet also B — um bei dem oben angeführten Beispiel zu bleiben —, daß die Maschine ordnungsgemäß läuft, so ist A nicht in der Lage, das Gutachten vorzulegen, da es noch nicht erstattet

ist. Die Bindung zwischen den Parteien an den Gutachtenvertrag ist jedoch schon mit Abschluß des Vertrages und nicht erst mit Erstattung des Gutachtens anzunehmen. Es würde also dem Wesen des Gutachtenvertrages nicht entsprechen, wollte man behaupten, daß A nunmehr gezwungen sein sollte, für die mangelfreie Beschaffenheit der Maschine Beweis durch Vernehmung von Sachverständigen oder Zeugen anzubieten. Durch den Gutachtenvertrag haben sich die Parteien derart gebunden, daß die betreffende Tatsache nur durch den von ihnen bestimmten Gutachter festgestellt werden darf. Daran ist selbstverständlich auch B gebunden. Andererseits kann aber der Richter die rechtliche Lage noch nicht beurteilen, da ihm hierzu noch wesentliche tatsächliche Unterlagen fehlen. Da er aber den Gutachtenvertrag der Streitsteile berücksichtigen muß, ist er demnach gehindert, ein Urteil zu fällen. Es ist nicht so, daß er die Klage abweisen müßte, weil der Klagsanspruch z. Zt. nicht begründet sei. Durch das Fehlen des Gutachtens entsteht eine Lücke im Tatbestand, die zur Folge hat, daß der Richter noch nicht beurteilen kann, ob die Klage begründet ist oder nicht. Daraus ergibt sich von selbst, daß nicht nur für die Klagspartei A, sondern auch für das Gericht ein wesentliches Interesse daran besteht, diese Lücke im Tatbestand zu schließen. Dies kann aber nur durch den Spruch des Dritten geschehen. Somit ergibt sich zwangsmäßig, daß irgendein prozessual möglicher Weg gefunden werden muß, um das Gutachten beizubringen.

Hier bietet sich nun eine außerordentlich günstige Möglichkeit, wenn b e i d e Parteien sich darüber einig sind, daß das Gutachten des Dritten, bevor der Prozeß weiterläuft, vorliegen muß. In diesem Fall werden beide Parteien das Ruhen des Verfahrens gemäß § 251 ZPO beantragen. Das Gericht hat sodann das Ruhen anzuordnen, wenn anzunehmen ist, daß aus wichtigen Gründen diese Anordnung zweckmäßig erscheint. Daß die Beibringung des Gutachtens durch den Dritten ein wichtiger Grund für die Anordnung des Ruhens des Verfahrens ist, dürfte wohl außer jedem Zweifel stehen. Im § 251 ZPO ist besonders herausgestellt, daß Vergleichsverhandlungen als wichtiger Grund anzusehen sind. Der

Zweck des Gutachtenvertrages ist gerade doch der, Prozesse zu verhüten, indem die tatsächliche Lage aufgeklärt wird. Es spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Parteien nach Erstattung des Gutachtens klarer sehen und möglicherweise geneigter sind, Vergleichsverhandlungen aufzunehmen. Diese Überlegung dürfte eine weitere Begründung für die Anordnung des Ruhens des Verfahrens sein.

Sollte das Gutachten schon vor Ablauf von drei Monaten seit Erlaß des Beschlusses über das Ruhen des Verfahrens vorliegen, so darf das Gericht die zur Aufnahme des Verfahrens gemäß § 251 Abs. II ZPO notwendige Zustimmung keinesfalls versagen.

Wesentlich größere Schwierigkeiten macht die Lösung des Problemes, falls der Gegner dem Ruhen des Verfahrens nicht zustimmen sollte. Somit wäre ein beiderseitiger Antrag nicht zu erzielen. Aber auch hier muß ein zweckmäßiger und dabei den Rahmen des Gesetzes nicht sprengender Weg gefunden werden. § 356 ZPO bietet hierzu keine Möglichkeit.[80]) Voraussetzung hierfür wäre, daß das Beweismittel vorhanden ist und zur Zeit infolge irgendwelcher Umstände nicht beigeschafft werden kann. Das Gutachten ist aber gar nicht Beweismittel,[81]) sondern ein Tatbestandselement, das nur eine Lücke des Tatbestandes, auf Grund dessen die Parteien streiten, ausfüllt. Andererseits ist das Gutachten aber auch noch gar nicht vorhanden, da der Gutachter noch nicht gesprochen hat. Der Aufnahme des Beweises steht also nicht nur ein Hindernis entgegen, sondern das Beweismaterial existiert überhaupt noch gar nicht. Es geht nicht an, die gesetzliche Vorschrift des § 356 ZPO derart über den Sinn des Paragraphen hinausgehend auszulegen, wie dies Buchdahl und andere getan haben.[82]) Abgesehen davon darf nicht vergessen werden, daß § 356 ZPO gerade für diejenigen beiden Fälle, die in Frage kämen, niemals Anwendung finden kann. Wenn man schon das Gutachten

---

[80]) Unrichtig Baumbach, Vorbem. 2 A vor § 1025 ZPO.

[81]) So Salinger in „Das Recht" 1908/143 ff. Es kann schon deshalb nicht Beweismittel sein, weil der Richter nicht berechtigt ist, das Gutachten frei zu würdigen, § 286 ZPO.

[82]) Buchdahl, a. a. O., S. 31; Salinger in „Das Recht", 1908/147; Marcus in „Das Recht" 1912/92.

als Beweismittel ansieht, so ist die Vorlage des Gutachtens doch nur Urkundenbeweis, während die Vernehmung des Gutachters Sachverständigenbeweis ist. Auf beide Fälle trifft § 356 ZPO nicht zu.[83]) Für den Sachverständigenbeweis gilt die Amtsermittlung (§ 404 ZPO), die keinesfalls nachgiebigen Rechtes sein kann, wie schon angenommen wurde. Die Vorschrift des § 404 findet sich doch gerade deshalb in der Zivilprozeßordnung, um dem Richter die Möglichkeit zu geben, die Auswahl der Sachverständigen und deren Anzahl von sich aus zu bestimmen. Die Vorschrift spricht also gerade dafür, daß die Parteien nicht in der Lage sein sollen, die Zahl der Sachverständigen und deren Auswahl zu beschränken.

Für den Urkundenbeweis gilt nicht § 356 ZPO, sondern § 431 ZPO. Hieraus ergibt sich unabänderlich, daß nur Urkunden gemeint sein können, die bereits vorhanden sind.[84])

Der Weg über § 356 ZPO führt also nicht zum Ziel, ganz zu schweigen von § 148 ZPO, der auf den vorliegenden Fall niemals zutreffen kann, was allgemein angenommen wird.[85]) Der Richter ist an das Gesetz gebunden und kann die Vorschriften des Gesetzes nicht so auslegen, wie es ihm vielleicht zusagen würde. Außerdem wären mit der Anwendung des § 356 ZPO bzw. der §§ 404, 431 ZPO verschiedene grundsätzliche Bedenken verknüpft, deren Entscheidung hier dahingestellt bleiben kann. Der Prozeß kann aber solange nicht zweckdienlich gefördert werden, solange das Gutachten des Dritten noch nicht vorliegt. Es wäre zwecklos, den Prozeß ohne das Gutachten fortzusetzen, möglicherweise Sachverständige über die vom Gutachter zu entscheidenden Fragen zu hören, die schließlich den Prozeß nur unnötig verzögerten und verteuerten, wenn der Gutachter dann doch sprechen sollte. Es ist also in solchen Fällen sachlich dringend geboten, den Termin zu verlegen oder eine Verhandlung zu vertagen (§ 227 Abs. 3 ZPO) und zwar auf einen solchen Zeitpunkt, zu dem die Erstellung des Gutachtens erwartet werden

[83]) Baumbach, ZPO, Anm. 1 zu § 356 ZPO. Diese Anmerkung steht nicht im Einklang mit der unter Anmerkung 80 zitierten.

[84]) So auch Elperting in JW 1911/397.

[85]) Buchdahl, S. 31; Salinger in „Das Recht" 1908/146; Marcus in „Das Recht" 1912/92; Elperting in JW 1911/395.

kann. Das Gutachten klärt die streitige Tatsache in so einfacher und zugleich vollendeter Weise, daß es in der Tat keinen besseren Weg gibt, als § 227 Abs. 3 ZPO anzuwenden. Wie schon ausgeführt, dürfte der Prozeß beschleunigter zu Ende zu bringen sein durch Vertagung als durch lange und verwickelte Beweisaufnahmen. Sollte der Gutachter entgegen seinem mit den Parteien abgeschlossenen Vertrag das Gutachten nicht erstellen und gegen ihn deshalb Klage erhoben worden sein, so stünde einer Aussetzung des Verfahrens gemäß § 148 ZPO nichts im Wege.[86])

Dieser vorgeschlagene Weg erscheint der einzig gangbare zu sein und steht auch nicht im Widerspruch zum Vorspruch der Zivilprozeßnovelle 1933 (RGBl I, S. 821), da die Vertagung sachlich dringend geboten ist.

Mit der Bedingungstheorie von Kisch gerät die Frage, wie die Rechtslage ist, wenn der Dritte bei Beginn des Prozesses noch nicht gesprochen hat, in uferlose Schwierigkeiten.[87]) Danach wäre der eingeklagte Anspruch noch gar nicht fällig und eine Leistungsklage demgemäß abzuweisen. Diese Schwierigkeiten und Widersprüche wurden bereits von Buchdahl[88]) herausgestellt, so daß auf sie nicht näher eingegangen zu werden braucht. Buchdahl glaubte allerdings nur dadurch den Schwierigkeiten zu begegnen, daß er im Gutachten- wie im Leistungsbestimmungsvertrag einen prozeßrechtlichen Beweisvertrag erblickte, was, wie schon untersucht, der Rechtsnatur dieser Verträge nicht entspricht.

b) Was hier über den Gutachtenvertrag gesagt wurde, gilt im gleichen Maße für den Leistungsbestimmungsvertrag.

VIII. Anwendung anderer Vorschriften auf den Gutachten- bzw. Leistungsbestimmungsvertrag.

1. §§ 317 ff. BGB.

Die herrschende Meinung[89]) geht dahin, daß die §§ 317—319 BGB sowohl auf den Gutachten- wie den Leistungsbestimmungsvertrag Anwendung finden.

[86]) Diese Möglichkeit dürfte Elperting a. a. O. übersehen haben.
[87]) Kisch in RheinZeitschr S. 23.
[88]) a. a. O. S. 17 ff.; Kisch, Der Schiedsmann im Versicherungsrecht, S. 100 ff.
[89]) Eine entgegengesetzte Stellungnahme findet sich nirgends.

Dieser Ansicht wird ohne Einschränkung beigetreten; eine Erörterung erübrigt sich, da die Frage geklärt ist.

Es sei jedoch auf einen besonderen Punkt hingewiesen. Der Spruch des Dritten kann entweder gemäß § 318 Abs. 2 BGB angefochten werden oder ist wegen offenbarer Unbilligkeit (§ 319 Abs. 1 Satz 1 BGB) für die Parteien unverbindlich. Nun ist gerade beim Leistungsbestimmungsvertrag das Wesentliche im Gegensatz zum Vertrag nach § 317 BGB, daß der Spruch des Dritten objektiv richtig sein muß. Sollte § 318 Abs. 2 nicht anzuwenden und andererseits der Spruch des Dritten auch nicht „offenbar unbillig" sein (vielleicht nur unbillig!), dann wäre gerade der Zweck des Leistungsbestimmungsvertrages verfehlt, objektiv richtige Entscheidungen zu erzielen. Es gäbe für diejenige Partei, die durch eine unrichtige, wenn auch nicht offenbar unbillige Entscheidung benachteiligt wäre, keine Möglichkeit, die unrichtige Entscheidung anzugreifen. Sie bliebe bestehen und wäre auf Grund des Vertrages für beide Parteien verbindlich. Bei Abschluß des Vertrages war es aber gerade die Absicht der Kontrahenten, eine unbedingt richtige Bestimmung der Leistung zu erzielen und nicht nur eine offenbar nicht unbillige. Nur eine solche wäre für die Parteien gemäß § 319 Abs. 1 BGB unverbindlich. Allein der Begriff „offenbar unbillig"[90]) läßt schon erkennen, wie groß die Möglichkeit für den Dritten sind, der richtig festsetzen soll, unangreifbare Entscheidungen zu treffen, die zwar nicht offenbar unbillig erscheinen, aber doch möglicherweise sogar als falsch anzusehen sind.

Ebenso ist die Lage beim Gutachtenvertrag, bei dem vom Dritten auch erwartet wird, daß er eine richtige Entscheidung trifft.

Jonas[91]) weist auf diese Mängel hin und möchte deshalb als still vereinbart annehmen, daß der Dritte grundsätzlich wegen

---

[90]) RGRKomm., Anm. 1 zu § 319 BGB. „Offenbar unbillig ist eine Bestimmung dann, wenn sie den Maßstab von Treu und Glauben in grober Weise verletzt und sich ihre Unrichtigkeit dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängen muß."

[91]) in JW 1937/221; ebenso Weismann Arch.f.d.ziv.Pr. 72/318.

Befangenheit ebenso abgelehnt werden kann wie der Sachverständige des Prozesses. Allerdings will er diese Möglichkeit nur beim Gutachtenvertrag gewähren. Abgesehen davon, daß es aus grundsätzlichen Gründen nicht angebracht erscheint, Vorschriften der Zivilprozeßordnung zu übernehmen,[92]) wäre der Nachteil der Unrichtigkeit des Spruches des Dritten damit auch noch nicht beseitigt. Denn es ist denkbar, daß ein Dritter, der den beiden Kontrahenten völlig unparteiisch gegenübersteht, doch infolge mangelnder Sachkunde einen unrichtigen Spruch abgibt, der auf Grund des Wortlautes von § 318 Abs. 2 und § 319 Abs. 1 BGB nicht angefochten werden könnte.

Es wird deshalb folgender Vorschlag gemacht:

Beim Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag gilt zwischen den Parteien als stillschweigend vereinbart, daß der Spruch des Dritten in Anwendung des § 319 Abs. 1 BGB als unverbindlich anzusehen ist, falls er offenbar unrichtig sein sollte. Offenbare Unrichtigkeit liegt dann vor, wenn sie sich dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängt, ohne Rücksicht auf Verletzung der Regeln von Treu und Glauben.

Sollte jemals eine gesetzliche Regelung des Gutachten- bezw. Leistungsbestimmungsvertrages vorgenommen werden, dürfte die Aufnahme einer dem § 319 Abs. 1 BGB entsprechenden Vorschrift mit der Klausel der offenbaren Unrichtigkeit zweckmäßig sein.

Hingegen darf diese Ausdehnung nicht auf den Vertrag nach § 317 BGB vorgenommen werden. Da die Parteien dadurch, daß sie die Bestimmung der Leistung einem Dritten nach billigem Ermessen überließen, ein Risiko übernommen haben, haben sie dieses zu tragen. Es genügt § 319 Abs. 1 vollkommen.

---

[92]) Der Gutachten- wie Leistungsbestimmungsvertrag ist materiell-rechtlicher Vertrag, der mit prozessualen Regeln nichts gemein hat.

2. §§ 1025 ff. ZPO.

Die Anwendung irgendwelcher anderer Vorschriften auf den Gutachten- bezw. Leistungsbestimmungsvertrag wird abgelehnt. Es ist vor allen Dingen völlig ausgeschlossen,[93]) Vorschriften der Paragraphen 1025 ff. ZPO zu übernehmen, da damit prozeßrechtliche Vorschriften auf materiellrechtliche Verträge übernommen würden. Insofern sind die Darlegungen Wangners[94]) verfehlt.

---

[93]) RG 45/350, wohl ebenso RG 152/204; Rau, Schiedsgerichtsklausel in Versicherungsverträgen, S. 278.

[94]) a. a. O., S. 48 ff.

Druck: Carl Nieft, Spezialwerkstätten für wissenschaftliche Arbeiten, Bleicherode am Harz